FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

DES NULLITÉS

DANS LA LOI DU 8 DÉCEMBRE 1897

ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et délits

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

A. GARDAIR

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

NICE
IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE, L. CAGNOLI & L. GILETTA
Rue du Palais, 11 et 13

1901

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

DES

NULLITÉS

DANS LA LOI DU 8 DÉCEMBRE 1897

ayant pour objet de modifier certaines
règles de l'instruction préalable
en matière de crimes et délits

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PAR

A. GARDAIR

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

AGAD.
LUGD.BAT.
NIEL

NICE
IMPRIMERIE ADMINISTRATIVE, L. CAGNOLI & L. GILETTA
Rue du Palais, 11 et 13

1901

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547006_0018

INTRODUCTION

La loi du 8 décembre 1897 sur l'instruction préalable contient des dispositions diverses relatives aux tribunaux correctionnels et aux Cours d'assises (art. 1 et 11), aux parquets (art. 2, 4, 5, 6), aux juges d'instruction (art. 3, 7, 8, 9, 10). Dans son article 12, elle organise la sanction de certaines de ces dispositions : « Seront observées, à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure, les dispositions prescrites par les articles 1er, 3 paragraphe 2 ; 9 paragraphe 2 ; et 10. »

Ces textes visent :

1° L'interdiction faite aux juges d'instruction de concourir au jugement des affaires qu'il a instruites (art. 1er) ;

2° L'obligation pour le magistrat instructeur, lors de la première comparution, d'avertir l'inculpé qu'il est libre de ne pas faire de déclarations (art. 3 § 2) ;

3° La défense d'interroger et de confronter l'inculpé hors la présence de son conseil (art. 9 § 2) ;

4° L'obligation de mettre la procédure à la disposition du conseil la veille de chaque interrogatoire (art. 10 § 1) ;

5° L'obligation de donner immédiatement connaissance au conseil de toute ordonnance (art. 10 § 2).

Nous nous proposons d'étudier d'abord chacune de ces dispositions, de définir ensuite les caractères et l'étendue des nullités qu'elles comportent, d'examiner enfin la mise en œuvre de ces nullités.

PREMIÈRE PARTIE

Examen des dispositions prescrites par la loi à peine de nullité

CHAPITRE Ier

Interdiction faite au juge d'instruction de concourir au jugement des affaires qu'il a instruites

L'art. 1er de la loi du 8 décembre 1897 est ainsi conçu : « Le juge d'instruction ne peut concourir au jugement des affaires qu'il a instruites. »

Cette disposition constitue un progrès remarquable sur la législation antérieure.

Le Code d'instruction criminelle, dans son article 257, écartait les membres de la chambre des mises en accusation, ainsi que le juge d'instruction, du jugement des affaires criminelles, c'est-à-dire qu'il faisait défense à ces magistrats de présider les assises ou d'assister le président. Mais aucun texte n'empêchait le juge d'instruction de concourir au jugement des affaires correctionnelles qu'il avait instruites. Pourquoi cette distinction ? Le législateur de 1808 considérait sans doute que les affaires

correctionnelles viendraient presque toujours à l'audience sur citation directe : il ne pouvait, en effet, prévoir ni la pratique des correctionnalisations qui s'impose à l'heure actuelle, ni cette multitude d'affaires commerciales et financières, le plus souvent très-délicates, très-compliquées, qui sont un effet des conditions de notre vie moderne.

La jurisprudence avait d'ailleurs très-libéralement appliqué l'article 257. C'est ainsi qu'elle étendait la prohibition que contient ce texte au magistrat qui a pris à l'instruction préparatoire une part même accidentelle, à celui qui a seulement interrogé l'inculpé au cours de l'instruction, à celui qui n'a fait que commencer la procédure alors que les auteurs du crime étaient encore inconnus. Il suffisait que le magistrat eût fait un acte d'instruction, même sans importance, pour qu'il ne pût siéger à la Cour d'assises.

Au tribunal correctionnel, au contraire, le juge d'instruction pouvait parfaitement siéger. L'inconvénient était pourtant le même : « Le juge d'instruction, dit M. Thézard dans son rapport au Sénat en 1895, par le seul fait qu'il a préparé l'affaire et a décidé le renvoi du prévenu devant le tribunal, a nécessairement sa conviction faite à l'avance.... Sa voix n'est pas seulement une voix presque acquise à la condamnation, elle est aussi le plus souvent et par la force des choses, une voix prépondérante. Le juge d'instruction, qui a suivi l'affaire depuis longtemps, en connaît les moindres détails ; qu'il ait bien ou mal apprécié, il possède tous les éléments qui viennent à l'appui de son opinion ;.... et, en somme, après le débat public, il y aura dans la chambre des délibérations un débat où la prévention aura la parole la dernière..., »

Aussi le projet de 1879 remédiait-il à cet état de choses défectueux ; son article 32 était ainsi conçu : «.... Pour les affaires qu'il (le juge d'instruction) a instruites, il ne peut concourir au jugement.... » Ce texte fut adopté par le Sénat en 1882 et par la Chambre des députés en 1884.

Quelle est l'étendue de la nouvelle prohibition ? L'art. 1er de la loi du 8 décembre 1897 est formel : « Le juge d'instruction ne peut concourir au jugement des affaires qu'il a instruites. »

Il faut entendre par ces mots : « juge d'instruction, » non seulement le magistrat titulaire de l'instruction, mais encore le juge ou le juge suppléant qui a pu le remplacer pour un temps ou une affaire déterminés. Celà résulte de l'esprit même de la loi, et ne saurait faire aucun doute.

Lors de la discussion devant la Chambre des députés, à la séance du 12 novembre 1897, M. Guillemin déposa l'amendement suivant : « Rédiger ainsi l'article 1er ; le juge d'instruction ou le juge-suppléant attaché au parquet ne peut concourir au jugement des affaires qu'il a instruites ou réglées. » Dans la pensée de son auteur, cet amendement avait surtout pour but d'obtenir une déclaration de M. le Garde des Sceaux : «.... Je crois qu'en effet une circulaire peut combler la lacune de la loi sur le point spécial sur lequel j'appelle son attention, a dit M. Guillemin. Et s'il veut bien prendre l'engagement de faire cette circulaire, je retirerai volontiers mon amendement. Voici de quoi il s'agit : ... Un juge-suppléant attaché au parquet examine les procès-verbaux, apprécie s'il y a culpabilité et cite directement les inculpés en police correctionnelle ; puis, après avoir rédigé cette assignation, après avoir ainsi pris parti dans l'affaire, au lieu d'aller au siège du procureur soutenir son accusation, ce suppléant va composer le tribunal et déclarer comme juge si oui ou non il a bien décidé comme substitut.... » La Circulaire de M. le Garde des Sceaux, en date du 10 décembre 1897, a fait droit à la demande de M. Guillemin ; elle s'exprime en ces termes : «.... Ainsi que l'a déclaré à maintes reprises la Cour de Cassation, il est de maxime constante en France que les fonctions du ministère public sont incompatibles avec celles de juge. Cette incompatibilité résulte de leur nature même et de ce principe de justice qui ne permet pas qu'un magistrat puisse être,

dans la même affaire, partie poursuivante et juge. » Elle enjoint, en conséquence, aux procureurs de la République, de « veiller avec soin à ce que les juges-suppléants attachés spécialement au service du parquet s'abstiennent rigoureusement de participer au jugement des affaires où ils auront dû intervenir d'une façon quelconque comme représentants du ministère public. »

La loi du 1897 est muette en ce qui concerne plusieurs hypothèses au sujet desquelles un doute peut être élevé.

L'article 2 de cette loi, qui forme l'article 93 nouveau du Code d'instruction criminelle, texte que d'ailleurs nous n'examinerons pas puisqu'il est en dehors du cadre que nous avons tracé à cette étude, porte que, « en cas de refus, d'absence ou d'empêchement dûment constaté du juge d'instruction, l'inculpé sera interrogé sans retard, sur les réquisitions du ministère public, par le président du tribunal ou par le juge qu'il désignera.... » La question qui se pose est celle de savoir si le magistrat qui aura procédé à cet interrogatoire devra être considéré comme un juge d'instruction et, aux termes de notre article 1er, écarté du jugement de l'affaire.

L'article 257 du Code d'instruction criminelle qui édicte pour les magistrats instructeurs, au sujet des affaires criminelles, la même incapacité que notre article 1er au sujet des affaires correctionnelles, a, nous l'avons vu, reçu de la jurisprudence une interprétation très large. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 3 février 1865 (B. 24) a déclaré que le magistrat qui a pris à l'instruction préparatoire *une part même accidentelle* ne peut faire partie de la Cour d'Assises ; il a été jugé par la même juridiction que l'incompatibilité s'applique au magistrat qui a interrogé l'inculpé au cours de l'instruction (Cass. 1er août 1829, B. 174).

Cette dernière hypothèse est bien celle dans laquelle nous nous trouvons. Nous estimons cependant qu'il ne saurait y avoir incompatibilité dans les termes de notre article 1er.

Remarquons tout d'abord que l'interrogatoire auquel procédera le magistrat en vertu du nouvel article 93 du Code d'instruction criminelle, ne ressemble que de très loin à l'interrogatoire auquel fait allusion l'arrêt de Cassation du 1er août 1829. A cette époque, le magistrat pouvait donner à cet acte toute l'ampleur qu'il désirait; aucune disposition légale ne venait entraver son zèle et son activité. Aujourd'hui il en est autrement : le premier interrogatoire est un acte de pure forme destiné à constater l'identité de l'inculpé et à lui faire connaître certains droits que la loi lui donne, notamment ceux de ne faire aucune déclaration et de choisir un avocat.

Nous avons vu, d'autre part, que la pensée qui a dicté au législateur de 1897 l'article 1er est celle-ci : empêcher que le juge d'instruction, qui a suivi l'affaire depuis longtemps et en connaît par conséquent les moindres détails, apporte dans la délibération des arguments puissants pour la culpabilité. Or, dans notre hypothèse, nous nous trouvons en présence d'un magistrat qui, accidentellement, a procédé au premier interrogatoire; cet acte ne lui aura pas donné une impression exacte de l'affaire. Nous pensons donc que le législateur n'a pas voulu l'écarter du jugement.

D'ailleurs les nullités, nous ne devons pas l'oublier, sont de droit étroit. L'article 1er vise *le juge d'instruction* et édicte à son égard une incapacité relativement aux *affaires qu'il a instruites*. Comment une disposition pareille pourrait-elle s'appliquer à *un magistrat, président ou juge,* qui *accidentellement,* aura fait subir à un inculpé *un interrogatoire de pure forme et dont le rôle se sera borné là ?*

Nous concluons donc en disant, qu'à notre avis, le magistrat qui, aux termes de l'art. 93 du Code d'instruction criminelle, aura été désigné par le ministère public, en remplacement du juge d'instruction empêché, pour procéder au premier interrogatoire d'un inculpé, peut parfaitement concourir au jugement sur l'affaire.

Une autre question se pose. La prohibition de l'art. 1er s'applique-t-elle au magistrat chargé par le tribunal de procéder à un supplément d'information ?

Non. Cette prohibition ne vise que le juge d'instruction, c'est à dire le magistrat qui a dirigé l'instruction préalable, depuis le premier acte suivant le réquisitoire introductif jusqu'à l'ordonnance de clôture. La loi de 1897 n'a en vue que cette période; son titre, les documents législatifs qui en ont précédé l'adoption, l'ensemble de ses dispositions prouvent qu'elle n'est applicable qu'aux actes d'information antérieurs à l'ordonnance qui dessaisit le juge d'instruction.

D'ailleurs, le plus souvent, le supplément d'information doit porter sur un point déterminé. Le magistrat désigné n'aura donc pas une vue d'ensemble sur l'affaire, il n'apportera pas dans la délibération une opinion toute faite d'avance.

On peut soutenir aussi que l'art. 1er n'a eu d'autre but que d'étendre à la juridiction correctionnelle la règle établie pour les Cours d'Assises par l'art. 257 du Code d'instruction criminelle. Or cette règle a toujours été entendue comme visant seulement les magistrats ayant pris part, dans une mesure quelconque, à l'instruction primitive; on a toujours reconnu le droit au président de la Cour d'assises de faire par lui-même ou de faire faire par un de ses assesseurs des actes d'instruction ultérieurs.

Nous dirons donc, avec la jurisprudence, que le magistrat chargé d'un supplément d'information peut concourir au jugement. Cela est vrai aussi bien en ce qui concerne le magistrat de première instance (Crim. rej. 27 janv. 1899. D. 99. 1. 240 — Rej. 14 avril 1899 et B. 117) qu'en ce qui concerne le magistrat d'appel (Cass. 26 avril 1900. *Journal des Parquets*, 1900, n° 10-11. 2. 167).

En résumé, l'art. 1er écarte du jugement le magistrat, juge d'instruction, juge ou juge-suppléant qui a fait l'instruction préalable ou des actes d'instruction ; le juge-suppléant attaché au parquet est, lui aussi, l'objet de

cette prohibition pour les affaires dont il a eu à s'occuper comme auxiliaire du procureur de la République. Mais le magistrat qui, sur les réquisitions du ministère public, a procédé au premier interrogatoire et celui qui a été chargé d'un supplément d'information sont, pour les raisons que nous avons fait valoir, parfaitement aptes à concourir au jugement.

CHAPITRE II

Obligation pour le magistrat instructeur, lors de la première comparution, d'avertir l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration.

Une question se pose tout d'abord. L'article 12 de la loi du 8 décembre 1897 est ainsi conçu : « Seront observées, à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure, les dispositions prévues par les articles... *3 paragraphe 2*... etc... » Or l'article 3 comporte quatre alinéas, mais il ne contient que deux dispositions, à chacune desquelles le législateur a consacré deux alinéas. On peut donc se demander si ce paragraphe 2 que vise l'article 12 est le deuxième alinéa, relatif à la mention portée sur le procès-verbal de l'avertissement donné à l'inculpé lors de sa première comparution, ou bien le troisième alinéa relatif à l'obligation imposée au juge d'avertir le prévenu qu'il a le droit de choisir un conseil.

Au point de vue grammatical, les mots " paragraphe " et " alinéa " ne sont pas synonymes. L'alinéa a un sens bien défini : c'est " le passage commençant par une ligne dont le premier mot rentre sur les autres lignes et s'étendant jusqu'à une ligne de même dimension ". Quant au paragraphe, c'est " parmi les jurisconsultes, la partie d'une loi, d'un titre, d'un chapitre ", on peut même ajouter d'une section ou d'un article. Ce terme est donc un terme vague : dans l'arsenal de nos lois, nous n'avons pas de

peine à découvrir des textes où le mot paragraphe est employé dans les diverses acceptions que nous venons d'énumérer : la loi du 28 pluviôse an VIII l'emploie comme synonyme de division de titre, la loi du 20 avril 1810 en fait une division de chapitre, le décret du 6 juillet 1810 une division de section. Depuis cette époque, le sens du mot paragraphe s'est encore étendu, et actuellement on s'en sert pour désigner la division d'un article.

Au point de vue législatif, les deux termes "alinéa" et " paragraphe " sont employés indifféremment dans le sens que la grammaire assigne au premier.

Dans le doute, certains commentateurs attachent la sanction de la nullité à la disposition édictée par le troisième alinéa de l'article 3 ; ils argumentent ainsi : l'art. 3 est divisé en quatre alinéas. Or s'il fallait considérer le mot " paragraphe " employé par l'article 12 comme synonyme d'alinéa, il en résulterait que la seule disposition prescrite à peine de nullité par l'article 3 serait celle qui ordonne que mention soit faite au procès-verbal de l'avertissement à l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Sans doute, par voie de conséquence, on devrait en conclure que cet avertissement est lui-même prescrit à peine de nullité ; mais on ne saurait supposer que le législateur, si telle avait été son intention, se fût exprimé ainsi : il aurait dit très-certainement que les dispositions prescrites par les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 seraient sanctionnées par la nullité.

On ajoute que la disposition qui ordonne la mention au procès-verbal de l'avertissement n'est que le complément de celle qui prescrit cet avertissement lui-même et qu'on aurait fort bien pu les comprendre toutes deux dans le même alinéa, ainsi que le faisait d'ailleurs l'article 85 du projet de 1879.

On en conclut que c'est l'avis à donner à l'inculpé qu'il a le droit de se faire assister par un conseil, c'est-à-dire l'alinéa 3 de l'article 3 qui est prescrit à peine de nullité par l'article 12.

En ce sens Cr. Lyon 26 janvier. 1898. S. 98. 2. 274.

Cr Caen, 28 décembre 1897. D. 98. 2. 33 — Cass. 11 février 1898 — D. 98. 1. 52).

Nous croyons au contraire que c'est le deuxième alinéa de l'article 3 qui est prescrit à peine de nullité.

Remarquons tout d'abord, pour répondre à l'argumentation des partisans de l'opinion contraire qui prétendent que le législateur aurait dû tout au moins attacher la sanction de la nullité aux deux premiers alinéas, que, tandis que le premier prescrit trois sortes d'obligations pour le juge : constatation de l'identité de l'inculpé, connaissance à lui donnée des faits qui lui sont imputés, avertissement qu'il est libre de ne pas faire de déclarations, le deuxième n'a trait qu'à la dernière de ces obligations. Comme le législateur n'entendait prescrire à peine de nullité que celle-ci, il a trouvé plus commode d'attacher cette sanction au deuxième alinéa, certain qu'il était d'arriver ainsi au même résultat.

La Commission du projet de loi de 1897 s'est sans doute inspirée dans sa rédaction des travaux auxquels ont donné naissance les projets de loi antérieurs. Or ces projets attachaient tous une importance capitale à l'avertissement donné à l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration, et le sanctionnaient de la nullité.

L'exposé des motifs du projet de 1879 concluait ainsi : « En résumé, et sauf le cas d'urgence prévu par l'art. 86, l'interrogatoire doit être en principe contradictoire, c'est-à-dire poursuivi en présence du défenseur. »

Dans le rapport de M. Dauphin au Sénat (6 mars 1882) on lit : « La pensée dominante de la Commission est de faire de l'interrogatoire la principale arme de la défense... Le juge est tenu d'avertir le prévenu qu'il est libre de rester muet sans créer un préjugé contre lui, *et de mentionner cet avis au procès-verbal à peine de nullité...* »

N'est il pas permis dès lors de penser qu'en rédigeant l'art. 3, la Commission de 1887 s'est inspirée des vues de la Commission de 1882 ?

En ce sens, Paris, 7 avril 98 (*Gaz. du Pal.* 98, p. 531 — Seine, 6 février 1899).

Donc l'art. 12 attache la sanction de la nullité à l'avertissement que doit donner le juge à l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration. Cet avertissement ne se place que lors de la première comparution.

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction avait le droit de soumettre le prévenu, dès qu'il était amené devant lui, à un interrogatoire. Sans doute le prévenu était libre en fait de garder le silence, car rien ne pouvait le contraindre à parler; mais le magistrat ne l'avertissait pas qu'il était libre de ne faire aucune déclaration.

On reprochait deux inconvénients à ce système. L'inculpé, disait-on, se trouve surpris; il n'a pas le temps de réfléchir aux réponses qu'il va faire; il se trouble et peut ainsi se compromettre irrémédiablement. D'un autre côté, si le juge ne fait de cet interrogatoire qu'un interrogatoire de pure forme, il peut ensuite laisser s'écouler un temps plus ou moins long sans rappeler le prévenu devant lui.

C'est au premier de ces inconvénients que l'art. 3, dans son premier alinéa, a voulu obvier. La réforme qu'il introduit est une innovation importante.

Dès 1879, elle se trouvait inscrite dans le projet Le Royer, dont l'art. 85 portait : « Le juge d'instruction constate l'idendité de l'inculpé, lui fait connaître les faits qui lui sont imputés et reçoit ses déclarations après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées. »

L'exposé des motifs disait : « L'inculpé comparaît immédiatement, ou au plus tard dans les vingt quatre heures devant le juge d'instruction; son identité est constatée. Que va-t-il se passer ?

« Le juge va-t-il lui faire subir immédiatement un premier interrogatoire, le presser de questions dans ce premier moment de trouble et d'émotion et l'exposer à se compromettre par des aveux irréfléchis ou par des dénégations imprudentes ? Tel n'est pas le système adopté après mûre délibération.

« ... Peut-être, dès les premières paroles échangées, la lumière se fera ; une erreur du juge d'instruction se manifestera, l'inculpé pourra être relâché. Il est donc de toute nécessité que l'inculpé comparaisse devant le juge, mais cette comparution ne doit pas être un interrogatoire en règle. Ce n'est pas un scrupule excessif que d'ôter au juge le moyen de s'emparer des premières paroles échappées à l'inculpé pour en faire la base de son accusation. La loi ne doit pas vouloir d'un aveu obtenu par surprise et, l'expérience le montre souvent, rétracté au cours de l'instruction. Elle veut que la vérité résulte de l'accumulation des preuves. Est-ce à dire cependant que le juge devra fermer systématiquement la bouche à l'inculpé ?

« ... Le juge fera connaître à l'inculpé les différentes charges qui pèsent sur lui ; il devra aussi l'avertir à l'avance qu'il est libre de ne pas répondre aux questions qui vont lui être adressées. De cette façon l'inculpé sera libre de se mouvoir dans le système de défense qui lui conviendra le mieux ; l'aveu, s'il en est passé, aura un caractère spontané ; il aura un poids plus considérable pour l'accusation, et sera d'autant mieux compté à l'actif de l'accusé au moment de fixer la peine, qu'il se sera plus librement produit... »

M. Dauphin, dans son rapport au Sénat, en 1882, s'inspirait des mêmes idées : « ... C'est à cette heure (le moment de la première comparution), que, dans l'effarement de sa chûte et la défiance de la justice, l'inculpé est le moins capable de se défendre et le plus exposé, si le juge le presse de questions, à se perdre dans de vaines dénégations, des récriminations odieuses, des mensonges aussi dangereux qu'inutiles... »

A la séance du Sénat du 27 mai 1882, M. Gayot soutint que la disposition présentée par la Commission était dangereuse ; seuls, disait-il, les coupables ont intérêt à se taire ; quant aux innocents, ils ont intérêt à parler.

M. le Conseiller Falcimaigne, au nom de la Cour de Cassation consultée, émit un avis contraire. « L'inculpé,

dit-il dans son rapport, doit comparaître dans les vingt-quatre heures qui suivent son arrestation. Il faut, dans ce premier moment de trouble inévitable, le protéger contre toute surprise, et empêcher qu'il ne compromette le sort de sa défense par des aveux irréfléchis ou par des dénégations mensongères plus dangereuses encore.... Cependant il n'importe pas moins de réserver à l'inculpé la faculté de fournir les explications qu'il juge utiles, car il peut être en mesure, dès ce moment, de prouver l'inanité de l'accusation portée contre lui, et de reconquérir sur le champ sa liberté.... »

L'article 3 a été voté sans discussion par le Sénat et par la Chambre, en 1897.

Ainsi donc, en vertu de la loi de 1897, lors de la première comparution de l'inculpé devant lui, le juge d'instruction, après avoir constaté son identité, après lui avoir donné connaissance des faits qui lui sont reprochés, doit l'avertir qu'il est libre de ne faire aucune déclaration au sujet de ces faits, mais que, au cas où il croirait devoir en faire, elles seraient consignées au procès-verbal.

L'innovation est assurément importante. Est-elle bonne? Rendons hommage tout d'abord à la pensée qui a inspiré nos législateurs; ils ont voulu protéger les honnêtes gens contre les effets de la surprise qu'ils pourraient éprouver en se voyant amener devant le juge d'instruction. Ont-ils atteint ce but? Il est permis d'en douter.

Remarquons que cette disposition de l'art. 3 bénéficiera plus souvent aux coupables qu'aux innocents. Et ceci pour une raison bien simple : l'individu qui n'a rien à se reprocher et qu'une erreur regrettable amènera devant le juge d'instruction, n'aura qu'une préoccupation, se disculper le plus tôt possible, et pour ce faire, il provoquera un interrogatoire immédiat. Bien au contraire, celui qui se sait coupable, n'aura garde de refuser la protection que la loi lui offre. Afin de reprendre ses esprits, de préparer sa défense et de profiter de l'assistance d'un conseil, il ne consentira pas à répondre. De telle sorte qu'il nous paraît que la loi nouvelle protège surtout les individus réellement

coupables du délit qu'on leur reproche : c'est là un résultat certainement fâcheux.

Un autre inconvénient se produit en pratique : profondément ignorants des principes de notre instruction judiciaire, la plupart des prévenus ne comprennent pas la portée de l'offre qui leur est faite par le magistrat. A cette question, « voulez-vous un avocat » ils ne savent que répondre. Le plus souvent ils répondent : « Comme vous voudrez. » Quelquefois ils objectent qu'ils n'ont pas d'argent pour payer le conseil, et comme on leur fait remarquer qu'ils n'auront rien à débourser, ils ajoutent : «Puisqu'il en est ainsi, je veux bien un avocat. » En un mot, les bienfaits de la loi nouvelle s'adressent à des personnes qui, trop souvent, ne sont pas à même d'en profiter. (1)

Mais tout ceci n'est rien en comparaison du vice que nous allons signaler. La disposition de l'art. 3 ne produit

---

(1) Un projet de loi s'inspirant de ces considérations vient d'être déposé par M. Barthou à la tribune de la Chambre. L'auteur estime que si la disposition de l'article 3 assure toutes les garanties aux inculpés majeurs, ce en quoi nous regrettons de n'être pas de son avis, elle ne saurait profiter, du moins de la même façon, aux inculpés mineurs, qui risquent de ne pas apprécier l'intérêt, pour eux, du choix du défenseur ou d'une désignation d'office, et dont la réponse est le plus souvent dictée par la forme et le ton de la question elle-même.

L'expérience aurait démontré, en effet, que dans un très grand nombre de cas, les instructions dirigées contre des inculpés mineurs se poursuivent sans l'assistance d'un avocat. M. Barthou désirerait que, par une disposition nouvelle, les mesures protectrices édictées par la loi aient leur plein effet, et il demande d'ajouter à l'article 3 de la loi du 8 décembre 1887 le paragraphe suivant :

« En cas d'instruction ouverte contre un mineur de 16 ans, le juge sera tenu, si l'inculpé n'a pas choisi un conseil, de lui en désigner un d'office. »

Nous souhaitons que cette disposition, qui est d'ailleurs observée en pratique, dans beaucoup de tribunaux, reçoive bientôt une consécration législative.

jamais un effet utile en l'état de notre procédure pénale. Pour que la protection accordée par la loi eût un effet utile, il aurait fallu que le bénéfice de cette garantie fût acquis, quel que fût le magistrat ou le fonctionnaire devant lequel aurait lieu la première comparaison. Le juge d'instruction, seul inamovible du moins en tant que juge, est à notre avis, celui qui présente le plus de garanties, d'indépendance : c'est le seul dont en réalité on se soit méfié.

La loi de 1897 n'est, en effet, pas applicable en cas de flagrant délit. Ainsi un procureur de la République n'est pas tenu, en interrogeant un inculpé conduit devant lui en état de flagrant délit, en vertu de la loi du 20 mai 1863, de l'avertir qu'il est libre de ne pas faire de déclarations.

Ceci ne saurait faire aucun doute : la loi de 1897 a, nous le répétons, pour objet de modifier certaines règles de l'*instruction préalable* en matière de crimes et de délits ; elle n'a en vue que les attributions et les opérations du juge d'instruction (Cass. 12 mars 1898. Jour. des parq. 1900 n° 6. 7. 2. 77 — Caen 2 fév. 98. J. d. p. 98. 2. 30).

A la séance du Sénat du 20 mai 1897, le rapporteur, M. Dupuy s'est exprimé ainsi : « S'il s'agit d'un cas de flagrant délit, *il existe dans le Code des dispositions auxquelles nous ne touchons pas* et qui règlent ce cas d'une façon spéciale. — La Circulaire de M. le Garde des Sceaux s'est faite l'écho de cette déclaration : « La nouvelle loi, y lit-on, ne modifie en rien la procédure spéciale organisée par la loi du 20 mai 1863. »

Ainsi donc, un inculpé arrêté en état de flagrant délit sera interrogé par les gendarmes ou le commissaire de police, conduit ensuite au parquet du procureur de la République où ce magistrat lui fera subir encore un nouvel interrogatoire, et s'il juge bon de faire instruire l'affaire, il joindra à son réquisitoire introductif les procès verbaux. Et lorsque l'inculpé arrivera devant le juge d'instruction, il sera enfin entouré de toutes les garanties désirables ; à lui qui aura déjà subi deux ou

trois interrogatoires, on dira « Vous êtes libre de ne pas faire de déclarations ! »

D'ailleurs il n'en est pas ainsi seulement dans le cas de flagrant délit ; le fait doit se produire fréquemment en l'état de l'habitude, justifiée d'ailleurs, des parquets de faire procéder par leurs auxiliaires à des enquêtes officieuses. Une plainte est adressée au procureur de la République pour un fait de nature grave ; elle vise un homme qui a été considéré jusqu'alors comme très-honnête. Que fera le magistrat ? Il lui est recommandé dans ce cas par des instructions ministérielles, de procéder à une enquête officieuse : il faut s'assurer du bien ou du mal fondé de la plainte avant d'obliger la personne qu'elle vise à comparaître devant le juge d'instruction. Le procureur de la République chargera donc un juge de paix, un commissaire de police ou la gendarmerie de recueillir et de lui transmettre des renseignements. L'officier ou les agents de police judiciaire interrogeront l'individu soupçonné. Et au cas où il y aura des présomptions de culpabilité, le dossier de l'affaire sera transmis par le parquet au juge d'instruction qui, bien entendu, devra scrupuleusement observer les prescriptions de la loi de 1897 et se garder soigneusement d'interroger l'inculpé !

Est-ce à ce résultat qu'ont réellement voulu aboutir nos législateurs de 1897 ? Nous nous permettons d'en douter.

Examinons maintenant dans le détail la disposition sanctionnée par la nullité et qui se réduit à cette formule : *lors de la première comparution, le magistrat doit avertir l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration.*

Et d'abord, que faut-il entendre par ces mots : lors de la première comparution ? La loi veut-elle désigner le jour où pour la première fois l'inculpé se trouve en présence du juge d'instruction, ou au contraire, le jour où ce magistrat, pour la première fois, lui fait connaître l'inculpation qui pèse sur lui ? Il peut arriver en effet

qu'un individu, ayant comparu déjà sous une inculpation devant le magistrat instructeur, fasse l'objet d'autres poursuites. Est-ce à dire que lorsqu'il comparaîtra pour la première fois, sous ce nouveau chef d'inculpation devant le juge, celui ci ne sera pas tenu de l'avertir conformément au paragraphe 1er de l'article 3 qu'il est libre de ne pas faire de déclaration ? Assurément non. L'inculpé doit être protégé contre les effets de la surprise et du trouble qu'il peut éprouver, toutes les fois qu'il fait l'objet d'une inculpation nouvelle.

On a prétendu que l'avertissement ne devait être donné par le juge qu'à l'inculpé sous mandat d'amener et non à l'inculpé libre, objet d'un mandat de comparution. C'est que le projet de la Commission du Sénat de 1895 plaçait la disposition qui nous occupe dans un art. 5 inscrit au titre : « Du mandat d'amener ».

Dans son rapport au nom de la Cour de Cassation consultée, M. le Conseiller Falcimaigne s'exprimait ainsi : « L'article que nous examinons est placé sous la rubrique du mandat d'amener. On est autorisé à en conclure qu'il s'applique seulement à l'inculpé mis en état d'arrestation et non à celui qui se rend librement devant le juge en vertu d'un mandat de comparution. Il est vrai que, à l'égard de ce dernier, les motifs justificatifs de la disposition nouvelle perdent beaucoup de leur force. Celui-là n'est point ému par la privation subite de sa liberté; il reste en relation avec sa famille et ses amis; entre la signification du mandat et la comparution, il a le temps de réfléchir et le loisir de consulter, au besoin, un défenseur. Mais, d'une part, l'hypothèse contraire n'est pas impossible, car le délai imparti pour comparaître peut être extrêmement bref; d'autre part, il importe d'assurer, autant que possible, à l'égard de tous les inculpés détenus ou libres, l'uniformité de la procédure d'information... »

La seule raison qui faisait hésiter M. le Conseiller Falcimaigne, à savoir la place occupée par l'art. 5 du projet de 1895 sous la rubrique « Du mandat d'amener », ne

doit pas nous arrêter aujourd'hui, la loi de 1895 ne comportant pas de division par titres.

Aussi pensons nous qu'on ne saurait établir, au point de vue qui nous occupe, aucune différence entre la situation de l'inculpé détenu et celle de l'inculpé libre. Sans doute l'avertissement du juge d'instruction aura-t-il une utilité moins grande quand il sera donné à ce dernier qui, avant de se rendre à la convocation du juge d'instruction, aura le temps de réfléchir et de prendre les conseils d'un avocat; il n'en aura pas moins son utilité. D'ailleurs la loi ne distingue pas entre l'inculpé sous mandat d'amener et l'inculpé sous mandat de comparution. Nous dirons donc que, à l'un comme à l'autre, le magistrat instructeur doit donner l'avertissement prescrit par l'art. 3, paragraphe 1.

Au cas où un inculpé, ayant comparu une première fois, en état de liberté, devant le juge d'instruction, est placé ensuite sous mandat d'amener, il doit être interrogé, en vertu de l'art. 93 C. I. C, dans les vingt-quatre heures de son arrestation. Faut-il dire que lorsqu'il comparaîtra devant le magistrat instructeur, celui-ci devra de nouveau l'avertir qu'il est libre de ne faire aucune déclaration ?

Nous ne le pensons pas. Notre art. 3 dit : « *Lors de cette première comparution,* le magistrat l'avertit, etc. » Que faut-il entendre par « cette première comparution » ? Pour le savoir, il faut se reporter à l'art. 2 devenu l'art. 93 nouveau du C. I. C. Ce texte s'exprime ainsi : « Dans le cas de mandat de comparution, il (le juge d'instruction) interrogera de suite; dans le cas de mandat d'amener, dans les vingt-quatre heures au plus tard de l'entrée... etc... » Notre loi prévoit donc deux sortes de première comparution, l'une de l'inculpé libre, l'autre de l'inculpé détenu. « Lors de cette première comparution, » quelle qu'elle soit, le magistrat est tenu d'avertir l'inculpé qu'il est libre de ne pas répondre; il n'est donc tenu de le faire qu'une seule fois.

Rationnellement, d'ailleurs, cette solution s'impose :

le législateur, en édictant la disposition de l'art. 3, paragraphe 1, a voulu éviter que l'inculpé, dans sa surprise et son trouble, lors de sa première comparution devant le juge d'instruction, ne fit des déclarations qui lui fussent préjudiciables. Mais cette sollicitude n'a sa raison d'être que pour le premier moment où l'inculpé se trouve informé de ce qu'on lui reproche.

Ainsi donc, dans notre hypothèse, le magistrat instructeur pourra procéder à l'interrogatoire de l'inculpé, à la condition toutefois que celui-ci renonce à être assisté d'un conseil.

Une autre question se pose. La prescription énoncée au paragraphe 1er de l'art. 3, aux termes duquel le juge d'instruction doit, lors de la première comparution, avertir l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration, n'a-t-elle été édictée que pour le cas où le défenseur de l'inculpé n'est pas présent? En d'autres termes, le juge d'instruction peut-il, au cas où lors de la première comparution un avocat assiste l'inculpé, s'abstenir d'avertir ce dernier qu'il peut ne pas répondre?

Un jugement du Tribunal de la Seine, en date du 9 février 1898 (*Gaz. des Trib.* 98. 2. 260) a tranché cette question par l'affirmative, par ce motif que la présence du défenseur à la première comparution enlève toute utilité à l'interpellation exigée à peine de nullité par l'art. 3. — On dit aussi, dans cette opinion, que ce texte, de par sa place dans la loi, ne vise que l'inculpé en état de mandat d'amener.

Nous ne saurions partager cette opinion. L'article 3 paragraphe 1 est très-précis et ne fait aucune distinction entre le cas où, lors de sa première comparution, l'inculpé est assisté d'un défenseur, et celui où il est dépourvu de cette assistance. Dès lors nous estimons que le juge d'instruction, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, doit se conformer à la disposition impérative et absolue de l'article 3.

D'ailleurs il ne nous paraît pas exact de dire que l'avertissement n'a plus son utilité au cas où, lors de la

première comparution, l'inculpé est assisté d'un avocat. Un individu est l'objet d'un mandat de comparution : il se présente devant le juge, dans le délai très bref qui lui est imparti, assisté d'un avocat qu'il a fait avertir à la hâte. Tous deux ignorent l'inculpation exacte, n'ont pris aucune connaissance du dossier. Ne serait-il pas contraire au vœu de la loi de forcer le prévenu à répondre aux questions qui vont lui être posées ? Oui assurément. A la séance de la Chambre des Députés du 15 novembre 1883, M. Goblet, rapporteur, s'exprimait ainsi : « Le principe de la loi étant que... l'inculpé doit, dès le début de l'instruction, être assisté d'un conseil, il fallait nécessairement lui donner le temps de conférer avec ce conseil avant de le mettre en demeure de discuter les charges de l'accusation. Dans cette première comparution, l'inculpé ne parlera donc que s'il a intérêt à le faire... »

On prétend aussi, dans l'opinion contraire, et on en tire argument, que l'article 3, de par sa place dans la loi, ne vise que l'inculpé en état de mandat d'amener. Cette allégation nous paraît inexacte. Nous avons vu en effet, que si, dans le projet de 1895 la disposition de notre article 3 se trouvait bien en effet sous la rubrique " Du mandat d'amener ", on n'en pouvait tirer actuellement aucun argument, la division en titres ayant été supprimée dans le projet de 1897. Nous avons vu également que, pour comprendre le sens des mots " première comparution " de l'article 3, il faut se reporter à l'article 2 in principio, qui vise à la fois l'inculpé objet d'un mandat d'amener, et l'inculpé objet d'un simple mandat de comparution.

Exception de l'art. 7

Nous venons d'étudier la règle introduite dans le paragraphe 1 de l'article 3 et prescrite à peine de nullité. Lors de la première comparution, le magistrat instructeur ne pourra procéder à un interrogatoire : il devra se borner

à recueillir les déclarations de l'inculpé, après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas en faire.

Cette règle comporte des exceptions :

Nonobstant les termes de l'art. 3, le juge d'instruction peut, en vertu de l'article 7, procéder à un interrogatoire immédiat et à des confrontations, *si l'urgence résulte soit de l'état d'un témoin en danger de mort, soit de l'existence d'indices sur le point de disparaître, ou encore s'il s'est transporté sur les lieux en cas de flagrant délit.*

L'article 86 du projet de 1879 était ainsi conçu : « Néanmoins le juge d'instruction peut procéder à un interrogatoire immédiat et à des confrontations si l'urgence résulte soit de l'état d'un témoin en danger de mort, soit de l'existence d'indices sur le point de disparaître. »

La Commission du Sénat avait complété ce texte en ajoutant à la formule précédente : « Les motifs d'urgence doivent être énoncés au procès-verbal à peine de nullité. » (article 94).

L'article 4 du projet présenté en 1897 reproduisait textuellement l'article 86 du projet de 1879. La discussion s'ouvrit à la séance du 25 mai. M. Couturier, commissaire du Gouvernement, s'exprima ainsi : « L'article 4 prévoit deux exceptions à la règle posée par l'article 3. .... J'estime qu'il convient d'élargir les cas d'urgence dans lesquels le juge d'instruction sera autorisé à procéder immédiatement à un interrogatoire.... Il peut se présenter, en effet, telle circonstance où le juge d'instruction, en transport en dehors du chef-lieu de son arrondissement, sera dans la nécessité d'interroger immédiatement l'inculpé qui viendra d'être arrêté, de l'interpeller sur des pièces à conviction qui viendront d'être saisies, de provoquer ses explications sur telle ou telle charge qui viendra d'être relevée.

« Je vous demande si, dans cette situation, il est possible d'admettre que le juge d'instruction soit tenu de s'arrêter dans son œuvre et de s'abstenir de toute question à

l'inculpé, de toute confrontation jusqu'à ce que le défenseur ait été convoqué et soit présent.

« Mais il peut se présenter un autre cas : c'est celui où un inculpé accusé d'un crime, d'un délit grave, mis en état d'arrestation, proteste de son innocence, réclame sa mise en liberté et invoque, à l'appui de sa défense, un alibi... Avec le texte de la Commission... le juge devra, sous peine de nullité, renvoyer l'inculpé en prison, en attendant que son avocat ait pu être régulièrement convoqué... Je vous demande donc d'ajouter à notre texte au moins ces mots : *à moins que l'inculpé ne le demande, dans l'intérêt de sa défense.* »

M. Couturier proposa aussi une autre exception : « *laisser au juge d'instruction la faculté d'interroger et de confronter l'inculpé, même en l'absence de son conseil, toutes les fois qu'il existera un motif d'urgence dont il convient de le laisser juge.* »

M. Demôle reprit séance tenante, sous forme d'amendement, les dispositions que le Gouvernement désirait voir adopter par le Sénat. Cet amendement était ainsi conçu :

« Le juge d'instruction pourra néanmoins procéder à tous interrogatoires et confrontations en l'absence du conseil :

1° Au cours de ses constats ou perquisitions ou s'il s'est transporté sur les lieux en cas de flagrant délit ;

2° S'il existe des motifs d'urgence dûment constatés au procès-verbal ;

3° Si l'inculpé le requiert dans l'intérêt de sa défense.

Le rapporteur, M. Jean Dupuy, déclara que la Commission était prête à étendre les cas prévus d'urgence, mais qu'elle se refusait absolument à laisser au juge une autorité souveraine et arbitraire. Néanmoins le Sénat ordonna le renvoi de l'amendement à la Commission.

Le 28 mai, l'amendement Demôle revint de la Commission; celle-ci acceptait une de ses dispositions et repoussait les deux autres.

1° *Cas ou le juge procède à des constats ou des perquisitions.*

« Nous pensons, dit le rapporteur, qu'il n'y a aucune raison ici d'apporter une modification à la règle et au texte que vous avez votés (article 3), car si le juge considère qu'il y a intérêt à interroger ou à confronter l'inculpé au cours de ses opérations, il lui est facile, en se conformant aux termes du code d'instruction criminelle actuel, de convoquer le ministère public.

« S'il pense qu'il y a un inconvénient quelconque, il surseoira et il interrogera l'inculpé en appelant l'avocat dans son cabinet, et alors il restera dans l'application de l'article 6. »

Cas où le juge s'est transporté sur les lieux en cas de flagrant délit.

« Nous reconnaissons qu'il peut y avoir intérêt à confronter ou à interroger immédiatement l'inculpé ; celui-ci n'a pas encore d'avocat, mais il serait dangereux d'attendre même vingt-quatre heures pour procéder à son interrogatoire.

« Nous acceptons donc d'étendre l'exception à ce point particulier. »

2° *Cas où il existe des motifs d'urgence dûment constatés au procès-verbal.*

« En ce qui concerne le pouvoir arbitraire, le droit d'appréciation générale du juge, à l'unanimité moins une voix la Commission vous invite à rejeter le texte. Si vous votiez, Messieurs, cette disposition, il est bien certain que celà reviendrait à abroger l'article 3 voté il y a deux jours. Par cet article, vous avez admis, en effet, que le juge d'instruction ne pourra ni interroger ni confronter en dehors de la présence de l'avocat. Si aujourd'hui nous disions au juge : vous interrogerez toutes les fois qu'il y aura urgence, en l'absence du conseil de l'inculpé, et vous serez le seul appréciateur du degré d'urgence, il est bien certain, comme je le disais tout à l'heure, que nous

abrogerions l'article 8 de la loi et que nous détruirions l'œuvre déjà accomplie. »

3° *Cas où l'inculpé requiert d'être interrogé ou confronté dans l'intérêt de sa défense.*

« Nous pensons, dit le rapporteur, que ce texte est inutile, et pour la raison suivante : Si l'inculpé n'a pas d'avocat, — car, remarquez le bien, l'inculpé n'est pas tenu d'avoir un avocat, il a seulement la faculté, que vous lui avez donnée, d'en avoir un, — si, dis je, il n'en a pas, le texte n'a aucune raison d'être ; si l'inculpé fait choix d'un conseil, il est tout naturel que le juge ne puisse pas l'interroger, même sur sa demande, en l'absence de ce conseil, parce qu'alors nous pourrions retomber dans l'inconvénient que nous signalions: nous nous exposerions à provoquer des sollicitations même involontaires du juge, qui inviterait l'inculpé à se laisser interroger ou confronter hors de la présence de l'avocat.

« Nous pensons donc que c'est là une disposition inutile et dangereuse. Votre Commission vous demande de la repousser. »

Le rapporteur proposa alors au vote du Sénat le texte actuel de l'article 7. Malgré les efforts du Commissaire du Gouvernement pour faire adopter l'amendement Demôle dans son intégralité, le Sénat vota l'article proposé par la Commission.

Lors de la deuxième délibération au Sénat, et de l'unique délibération à la Chambre des députés, aucune observation n'a été formulée sur l'article 7.

Remarque. — Nous verrons plus loin, en commentant l'art. 9, que ce texte donne au juge le droit d'interroger et de confronter l'inculpé hors de la présence de l'avocat sur sa demande. On peut donc dire que l'amendement Demôle a été adopté sur deux points.

L'art. 7 est donc le correctif de l'art. 3 qui interdit au juge d'instruction de procéder à des interrogatoires ou à des confrontations lors de la première comparution de l'inculpé : c'est là le principe, mais ce principe comporte

des exceptions dans les trois cas énumérés par l'art. 7.

1° Cas d'urgence résultant de l'état d'un témoin en danger de mort ;

2° Cas d'urgence résultant de l'existence d'indices sur le point de disparaître ;

3° Cas de flagrant délit.

Examinons successivement ces trois exceptions. Nous rappelons, pour mémoire, qu'il existe une quatrième exception, que nous étudierons avec le deuxième paragraphe de l'art. 9 où elle est inscrite.

Cas d'urgence résultant de l'état d'un témoin en danger de mort ou de l'existence d'indices sur le point de disparaître.

Que faut-il entendre par ces mots : « état d'un témoin en danger de mort? existence d'indices sur le point de disparaître? » A quels signes le juge d'instruction reconnaîtra-t-il qu'il se trouve en présence de telles situations? Il est bien évident que c'est là une question d'appréciation, question qui sera résolue par le magistrat lui-même.

Comment le juge d'instruction constatera-t-il qu'il se trouve en présence de ces cas d'exception? La loi a gardé le silence sur ce point. Mais la Circulaire de M. le Garde des Sceaux y a suppléé : elle ordonne que le procès-verbal mentionne le fait spécial qui motive l'exception. Les formules suivantes ont été indiquées par M. le procureur de la République près le Tribunal de la Seine.

Attendu qu'il y a urgence, qu'en effet il résulte de ..... que le sieur ....., indiqué comme témoin utile, serait en danger de mort ;

Attendu qu'il y a urgence ; qu'en effet il résulte de ..... qu'il existe des indices sur le point de disparaître.

Mais il ne faut pas oublier que l'art. 7, édictant des exceptions, doit être interprété restrictivement. Par conséquent, si un témoin est en danger de mort, c'est avec ce témoin seulement que l'inculpé pourra être confronté ; si

ce dernier est interrogé, l'interrogatoire ne pourra porter que sur les questions soulevées par la confrontation. De même, au cas d'existence d'indices sur le point de disparaître, l'interrogatoire sera restreint aux questions relatives à ces indices.

Cas de flagrant délit.

La dérogation la plus grave et la plus étendue à la règle de l'art. 3 vise l'hypothèse où le juge d'instruction s'est transporté sur les lieux en cas de flagrant délit.

Deux conditions sont exigées :

1° Il faut que le magistrat se transporte sur les lieux ;

2° A l'occasion d'un flagrant délit.

Quand y aura-t-il flagrant délit?

L'art 41 du Code d'instruction criminelle dit qu'il y a flagrant délit lorsque le crime se commet ou vient de se commettre, lorsque le prévenu est poursuivi par la clameur publique ou qu'il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. On entend en général par temps voisin du délit un délai d'environ vingt quatre heures, délai qui n'a d'ailleurs rien de rigoureux.

Le juge d'instruction se trouvera dans les conditions prévues par l'art. 7 lorsqu'il se transportera sur les lieux après avoir reçu un télégramme l'informant de la découverte du crime, bien que son arrivée sur les lieux du crime ne se produise que plusieurs heures et même une journée après.

Dans le cas où la présence du magistrat sur les lieux doit se prolonger plusieurs jours, faut-il dire que, pendant tout ce laps de temps, il pourra interroger et confronter le prévenu sans l'assistance d'un avocat; en d'autres termes, bénéficiera-t-il de l'exception de l'art. 7 ? La question est délicate ; elle peut se résoudre en celle-ci :

quand cessera-t-il d'y avoir flagrant délit? Le Code d'instruction criminelle lui-même est muet sur le point qui nous occupe. A notre avis, le magistrat instructeur pourra interroger et confronter l'inculpé tant qu'il n'aura pas délivré de mandat contre lui; mais à partir de ce moment, la présence de l'avocat deviendra nécessaire.

La Cour de Cassation (Cass. 28 juill. 1899. *Journal des Parquets* 1900, 2. 85) a eu à se prononcer dans l'espèce suivante : Un juge d'instruction s'était transporté sur les lieux en flagrant délit; l'inculpé avait d'abord refusé de faire des aveux, il avait été néanmoins placé sous mandat. Dans le trajet entre le lieu du crime et la prison où on le conduisait, l'inculpé avoua son crime aux gendarmes. La Cour suprême a jugé qu'à ce moment il n'y avait plus flagrant délit, parce qu'on n'était plus sur les lieux. Le juge d'instruction ne pouvait donc procéder à un interrogatoire sans avoir convoqué un avocat.

CHAPITRE III

Défense faite au juge d'interroger ou de confronter l'inculpé hors de la présence de son avocat.

Le troisième cas de nullité prévu par l'art. 12 se réfère au § 2 de l'art. 9 ainsi conçu : « L'inculpé détenu ou libre ne peut être interrogé ou confronté, à moins qu'il n'y renonce expressément, qu'en présence de son conseil ou lui dûment appelé. »

Cette disposition constitue la pierre angulaire de la loi de 1897.

Sous l'empire du Code d'Instruction criminelle, l'inculpé, lors des interrogatoires ou des confrontations qu'il subissait, se trouvait sans assistance, livré à lui-même en face du juge d'instruction. Ce système qui avait aux yeux du législateur de 1808 l'avantage de sauvegarder les intérêts de la société, présentait, au point de vue de la justice idéale, l'inconvénient de placer l'inculpé en état d'infériorité devant son juge Différents orateurs, dans la discussion qui eut lieu au Sénat en 1897, ont puissamment mis en lumière les défauts de cette législation. Nous

aurons l'occasion, dans le cours de cette étude, de citer des fragments des discours alors prononcés.

L'idée d'une réforme se manifesta pour la première fois dans le projet présenté par le Gouvernement au Sénat, le 27 novembre 1879. L'art. 119 de ce projet était ainsi conçu : « Hors le cas d'urgence, si l'inculpé est pourvu d'un conseil, le juge ne peut l'interroger qu'en présence du défenseur ou celui-ci dûment appelé. »

La Commission du Sénat repoussa l'idée de la présence de l'avocat dans le cabinet du juge. Son rapporteur, M. Dauphin, s'exprimait ainsi : « La présence de l'avocat à l'interrogatoire serait une injuste méfiance pour le juge et une perpétuelle occasion de controverses sur la position des questions et le sens des réponses. Le juge, dont l'esprit a besoin d'une sorte d'isolement, serait détourné de son œuvre par des diversions intéressées et des discussions dissolvantes. Il n'est pas certain que l'indépendance du barreau s'accommoderait facilement à ces audiences intimes où le juge, chargé de droit de la discipline, serait personnellement touché par le débat. Enfin la nécessité de découvrir la vérité, et c'est le défaut capital du projet, ferait bientôt installer, comme en Angleterre, à côté de l'instruction officielle, une œuvre parallèle et occulte, où la gendarmerie, les agents de police et les renseignements particuliers prendraient la première place et qui, au grand abaissement de la justice, absorberaient bientôt toute la vitalité de l'instruction écrite. La contradiction devant le juge d'instruction ne doit donc pas se produire par un débat oral, mais seulement par des actes. »

Cette thèse prévalut devant le Sénat qui vota la disposition suivante : Art.138. « L'interrogatoire et les confrontations ont lieu, même en cas de transport, hors de la présence du ministère public, de la partie civile et de son conseil, et du conseil de l'inculpé. » Elle n'obtint pas le même succès devant la Chambre des députés, dont la Commission adopta des conclusions absolument opposées à celles de la Commission du Sénat. « Combien n'a-t-on

pas sujet, dit dans son rapport M. Goblet, de redouter la défaillance, l'erreur ou même la passion du juge, lorsqu'il s'agit de recueillir soit des témoignages, soit les explications et les réponses de l'inculpé lui-même, d'en préciser la portée, d'en formuler l'expression dans une dictée qui reste comme le principal élément de discussion et d'appréciation? Un mot mal compris, une pensée mal traduite peuvent changer complètement la signification d'une déposition ou d'un interrogatoire. N'est-ce pas surtout dans ce cas que le travail du juge a besoin d'être contrôlé et les réclamations qui se produisent si souvent à l'audience de la part des témoins ou des accusés contre le langage que l'instruction leur a fait tenir, ne démontrent-elles pas l'utilité de ce contrôle? D'un autre côté, le conseil assistant aux interrogatoires et aux dépositions des témoins pourra souvent suggérer au juge des observations et des questions profitables à la découverte de la vérité, et qui pourraient n'avoir plus la même valeur dans une confrontation faite ultérieurement. Il est donc vrai de dire que la contradiction ainsi appliquée ne sert pas seulement les intérêts de la défense, mais aussi et surtout ceux de la justice. » La Chambre des députés, convaincue de la justesse de cette thèse, vota un article 138 identique à l'art 119 du projet de 1879.

Cette disposition fut maintenue dans les conclusions des Commissions qui se succédèrent jusqu'en 1895. A cette époque M. Constans saisit le Sénat d'une proposition de loi dont l'art. 5 était ainsi conçu : « Le juge d'instruction ne peut interroger l'inculpé ni le confronter qu'en présence de son conseil ou lui dûment appelé... » Ce texte, renvoyé à la Commission, fut maintenu par elle, en même temps qu'elle repoussait un projet de M. Ricard organisant le débat contradictoire et la publicité de l'instruction.

La bataille entre partisans et adversaires de la présence de l'avocat dans le cabinet du juge s'engagea, au Sénat, dans la séance du 21 mai 1897, après une escar-

mouche dans la séance précédente entre le rapporteur, M. Dupuy, et M. Théodore Girard.

Le texte présenté par la Commission était celui-ci : « ... Le juge d'instruction ne peut interroger l'inculpé ni le confronter qu'en présence de son conseil ou celui-ci dûment avisé par lettre la veille... »

M. Eugène Guérin déposa aussitôt un amendement ainsi conçu :

« Le juge d'instruction ne pourra procéder à l'interrogatoire définitif de l'inculpé qu'en présence de son conseil ou celui-ci dûment appelé par lettre la veille.

« Le conseil pourra formuler tous dires et observations et requérir toutes mesures qu'il jugera utiles à la défense. »

Deux théories se trouvaient donc en rivalité : celle de la Commission admettant le défenseur à tous les interrogatoires et aux confrontations; celle de M. Guérin n'admettant le conseil qu'à l'interrogatoire définitif.

M. Guérin monta le premier à la tribune pour soutenir son amendement : il présentait, à ses yeux, l'avantage d'accroître dans une large mesure les libertés de la défense et de doter le prévenu de toutes les garanties compatibles avec les nécessités de la répression. Quant à la proposition de la Commission, elle s'inspirait d'un sentiment de défiance et de soupçon envers les magistrats instructeurs. Les inconvénients devaient en être nombreux : la présence de l'avocat dès le début de l'information aurait pour effet de créer une sorte de publicité préjudiciable même au prévenu ; les instructions traîneraient en longueur; la tâche incombant aux conseils serait trop lourde dans les petits tribunaux où les avoués sont admis à plaider : malgré lui, le magistrat instructeur deviendrait l'adversaire de l'avocat; la découverte de la vérité serait enfin beaucoup plus difficile, la présence de l'avocat devant intimider les témoins.

L'orateur conclut qu'à son avis il y avait lieu seulement ;

1° De donner, dès le début de l'information, un conseil au prévenu et de lui faire connaître en même temps l'inculpation dirigée contre lui ;

2° De permettre au conseil de communiquer librement avec son client ;

3° De donner au conseil le droit qu'a le ministère public de requérir un supplément d'information qui permette de rectifier les erreurs commises, de demander toutes mesures utiles à la manifestation de la vérité ;

4° D'appeler le conseil à l'interrogatoire définitif ;

C'était là le système de la Cour de Cassation, avec une nuance plus libérale, car la Cour de Cassation n'admettait pas la présence de l'avocat à l'interrogatoire définitif.

Ce système de M. Guérin fut adopté par le Gouvernement.

A la séance suivante, le 24 mai 1897, M. Constans répondit au discours de M. Guérin et combattit en même temps les conclusions du rapport de M. le conseiller Falcimaigne.

Il expliqua d'abord que si, dans le projet de la Commission, la partie civile et le ministère public n'étaient pas autorisés à pénétrer dans le cabinet d'instruction, c'est que la partie civile n'a que des intérêts matériels et que le procureur de la République a, à tout instant, le droit de se faire communiquer la procédure et de requérir de nouveaux actes d'information.

L'orateur combattit ensuite l'argument tiré par M. Guérin des difficultés pratiques. On pouvait compter sur le zèle des conseils, ils feraient leur devoir dans le cabinet d'instruction comme à l'audience.

Répondant à l'argument suivant du rapporteur de la Cour de Cassation M. Falcimaigne: «Il n'y a pas lieu d'orga-

niser la contradiction entre l'accusation et la défense pendant l'information, par la raison péremptoire que, durant cette période et tant qu'elle n'est pas terminée, il n'y a pas encore d'accusation... L'œuvre à accomplir est une œuvre d'investigation et non encore de discussion... » M. Constans fit le tableau du trouble et du désarroi où se trouve le prévenu lorsque, après avoir été au secret un certain temps, il se présente devant le juge d'instruction : « Il arrive devant le juge d'instruction qui a eu tout le temps de chercher la forme des interrogations qu'il va lui poser et qui, trop souvent, l'interroge sur des faits qui lui sont absolument inconnus. Le détenu se trouble... et l'on ne peut pas être étonné dès lors d'avoir des erreurs provenant d'aveux qui ont été non pas extorqués au prévenu par des moyens violents, mais qui sont en quelque sorte le produit du découragement qui s'est emparé de lui et de la torture morale qu'il a subie. »

La façon dont les juges d'instruction rédigent leurs procès-verbaux fut aussi l'objet de critiques très vives : « Ils se ressemblent tous : tous sont écrits dans un style uniforme et il est impossible de reconnaître s'ils reproduisent les déclarations d'un malheureux ne sachant ni lire ni écrire, ou celles d'un membre de l'Institut. S'ils disaient toujours la vérité, ces procès-verbaux, et s'ils rendaient bien la pensée de celui qui a parlé, je n'aurais rien à dire ; mais souvent il n'en est pas ainsi... »

Pour éviter ces inconvénients, l'orateur demanda la présence de l'avocat aux interrogatoires et aux confrontations ; selon lui, la réforme de M. Guérin n'était pas suffisante. Il termina en faisant un tableau de l'état malheureux où se trouvaient les prévenus et invoqua l'opinion de M. Cruppi, alors avocat général à la Cour de Cassation, qui trouvait modeste la réforme proposée par la Commission.

M. Dauphin répondit à M. Constant. Il demanda au

Sénat de ne pas admettre l'avocat dans le cabinet d'instruction.

« Je crois, dit-il, que quand on crée un rouage, un rôle nouveau, il faut qu'il soit bien nettement défini; il faut notamment que nous sachions ce qu'on nous demande et ce que fera ce défenseur dans le cabinet de l'instruction. Il est reconnu par les auteurs de la proposition qu'il ne parlera pas. Il est reconnu par les mêmes auteurs que si cependant il a une observation à faire, une question à faire poser à l'accusé, une réflexion sur la réponse qui a été faite, il devra demander la parole, mais que le juge aura le droit de la lui refuser. Il n'y a pas d'ordonnance, pas de recours, il n'y a rien : c est le refus pur et simple du juge.

« Ils ont reconnu, à bien plus forte raison, que lorsque une question sera posée par le juge d'instruction, l'avocat n'aura pas le droit de lui dire : « Permettez-moi de causer un instant avec mon client pour lui indiquer la réponse. » Alors je me demande ce que fera et ce que sera son défenseur? A quoi servira-t-il et à quoi rimera sa présence?

M. Dauphin lut alors un passage d'une brochure de M. Léveillé soutenant le projet de la Commission, brochure dans laquelle l'éminent professeur spécifiait en ces termes le rôle de l'avocat : « J'accepte qu'il ne puisse pas ouvrir un débat; j'accepte que si l'on craint son contact avec l'inculpé, ses gestes, ses regards, on le place dans un coin obscur. Mais je veux qu'il écoute tout et voie tout. C'est un témoin qui ne parle pas, qui écrit peu, mais qui veille toujours... c'est comme un témoin instrumentaire, c'est un contrôleur. »

« C'est donc un surveillant ! s'écria M. Dauphin. Je conteste que ce soit là le rôle d'un avocat et qu'on puisse le lui attribuer.

« Le devoir de l'avocat est d'être passionné, partial, inféodé à son client. Il a le droit de se glisser dans toutes les fissures qu'il aperçoit, de soulever tous les doutes

possibles, d'écarter, d'éteindre la lumière, ou du moins d'y faire tous ses efforts dès qu'il s'aperçoit qu'elle peut être nuisible à son client.

« ... Et c'est à cet homme passionné, partial, que vous confierez la mission de surveiller un magistrat auquel vous demandez, au contraire, le sang-froid, l'impartialité et la clarté ? Je dis, messieurs, que c'est impossible !... le juge ne doit pas être surveillé par un membre du barreau ou par un avoué de son tribunal. »

Et M. Dauphin fit un tableau très humoristique des scènes qui devaient, selon lui, avoir lieu dans le cabinet d'instruction.

« Je vois d'ici, messieurs, ce qui va se passer, et c'est là que vous arrivez plus encore à l'impossibilité. Le juge d'instruction ne doit poser aucune question captieuse ; mais il n'est nullement obligé, lorsqu'il va en poser une claire et précise, d'indiquer à l'inculpé quel est le but vers lequel il tend. De la réponse affirmative ou négative à la question loyalement posée pourra dépendre la découverte de la vérité et la preuve de la culpabilité.

« ... Eh bien ! A cette question nette, précise, sur un fait déterminé, l'inculpé répondrait « oui » ou « non ». Mais l'avocat est là ; bien que relégué dans un coin obscur, comprenant très bien avec son expérience l'objet de la question et le but auquel elle tend, il prendra la parole et fera la réponse.

« Taisez-vous, s'écriera le juge ; vous n'avez pas le droit de prendre la parole ! Vous ne l'avez pas demandée et je ne vous l'ai pas donnée ! »

« Qu'importe, messieurs, le mot est dit. C'est fait, et le juge est en déroute.

« Peut-être encore l'avocat sera-t-il moins hardi ? Il dira tout simplement : « Ne répondez-pas ! »

« S'il est moins hardi encore, par un geste, par un signe de tête, il indiquera qu'il faut répondre « oui » ou qu'il faut répondre « non » ...

« ... L'interrogatoire est terminé après toutes ces difficultés. Il faut dresser le procès-verbal... Le juge peut se tromper, avoir mal compris. L'avocat le lui fera remarquer ; il lui dira : « Ce n'est pas cela qui a été dit, c'est le contraire ; vous avez oublié la nuance qui rend la réponse simple et sans portée et n'indique aucune culpabilité ; il faut insérer ce que je dis. » Le juge répondra : « Je n'ai pas entendu cela du tout. » « Mais si ! » répondra l'avocat. Et alors, messieurs, qui est-ce qui jugera, s'il vous plaît ?

M. le Garde des Sceaux Darlan monta à la tribune pour soutenir l'amendement de M. Guérin. Selon lui, la présence de l'avocat dans le cabinet du juge ne se justifiait dans aucun cas. Si l'on voulait, par cette mesure, créer l'instruction contradictoire, que n'appelait-on, en même temps, dans ce cabinet et le ministère public et la partie civile ? Si l'on voulait faire de l'avocat le témoin muet des actes du magistrat instructeur, la mesure était à la fois inutile et dangereuse. Inutile car le juge d'instruction, au moins au cas où l'inculpé est libre, pourrait s'affranchir du contrôle de l'avocat en commettant rogatoirement un officier de police judiciaire pour procéder à l'interrogatoire ou à la confrontation (nous verrons plus loin qu'à notre sens cette affirmation est erronée). Dangereuse pour le magistrat qui serait ainsi surveillé et pour l'avocat qui serait transformé en surveillant.

M. le rapporteur Jean Dupuy défendit le projet de la Commission en s'attachant à réfuter les arguments des deux précédents orateurs. L'avocat devait être un contrôleur du juge et non un contradicteur ; ce contrôle n'aurait rien d'humiliant pour le magistrat, il diminuerait seulement sa responsabilité.

« On ajoute que la présence de l'avocat est dangereuse, en ce sens que les interrogatoires seront sophistiqués, que les témoins n'oseront pas déposer. Est-ce que l'avocat aura une influence, une action plus grande que celles qu'il exerce à l'audience publique ? Et ce que [illegible] l'audience

publique, en assistant son client, il détermine la sophistication des interrogatoires ? »

M. Monsservin, se cantonnant dans l'hypothèse d'un juge d'instruction opérant sur les lieux, en province, à une assez grande distance du siège du tribunal, s'attacha à démontrer que la découverte de la vérité pourrait être retardée si le magistrat, pour procéder par exemple à une confrontation, était dans la nécessité de mander un avocat.

A la séance suivante, le 25 mai 1897, *M. Monis* monta à la tribune. Il se déclara partisan résolu du projet de la Commission. A son avis, la présence du conseil dans le cabinet du juge présenterait un double avantage : elle empêcherait les abus de la part du magistrat et, d'un autre côté, les accusations outrageantes qui peuvent être dirigées par le prévenu au grand jour de l'audience, contre la sincérité de l'instruction.

La lutte entre le juge et le prévenu peut-être comparée à un duel ; il est bon de donner un témoin au prévenu dans sa solitude : c'est l'avocat qui présente le plus de garanties pour jouer ce rôle.

L'orateur combattit ensuite l'amendement de M. Guérin au sujet de la présence de l'avocat à l'interrogatoire définitif. « A quel signe reconnaît-on qu'un interrogatoire est définitif? C'est évidemment quand il a donné des résultats, c'est-à-dire quand il est terminé... Si vous avez obtenu l'aveu, l'interrogatoire est définitif et l'avocat n'y a pourtant pas assisté. Voilà donc quelque chose qui n'est pas suffisamment clair.

« Mais qu'entendez-vous par cette disposition ? Voulez-vous dire que l'instruction sera close, pour ainsi dire, et que, cependant, avant de la terminer, on invitera l'avocat. pour la forme, à se présenter devant le juge d'instruction?

« Si les explications fournies par l'avocat doivent et peuvent avoir ce résultat de faire continuer la procédure, pourquoi ne pas placer son audition au début même de

la procédure ? Si, au contraire, vous estimez que vous ne devez au défenseur qu'une satisfaction platonique par l'enregistrement de ses dires, à quoi sert cette présence et quelle utilité en tirez-vous ?... Par conséquent, il n'y a là qu'un expédient qui complique l'instruction et qui a tous les désavantages du système sans en posséder aucune des garanties. »

D'ailleurs quelle serait, continua M. Monis, l'utilité de ces réclamations de l'avocat ? L'avocat, lorsqu'il a une réclamation quelconque à faire parvenir au juge d'instruction, n'a qu'à lui faire écrire une lettre par son client.

« Par conséquent, vous ne m'accordez rien. En revanche, vous me privez de toutes les sanctions que j'obtenais par le système de la Commission.

« Si vous n'entendez l'avocat qu'une seule fois, toute l'œuvre antérieure sera virtuellement faussée. Pendant cette œuvre antérieure, le juge aura pu commettre tous les faits qui peuvent lui être reprochés : il aura pu menacer, il aura pu séduire. »

M. Trarieux répondit à M. Monis. Il précisa d'abord le sens du mot « interrogatoire définitif ». « Les interrogatoires définitifs ? Mais ils existent et nous les connaissons ; nous les trouvons ainsi qualifiés dans tous les dossiers de procédure criminelle. Ouvrez un de ces dossiers, et vous y trouverez un premier, un second, un troisième, quelquefois un sixième et un septième interrogatoires, puis un interrogatoire définitif. »

L'orateur donna ensuite les raisons qui le faisaient s'opposer à la participation du conseil à l'instruction depuis son origine. « Il me semble d'abord qu'au début de la poursuite, il est nécessaire que le juge ne soit pas gêné dans ses recherches par des interventions indiscrètes qui pourraient paralyser ou compromettre son action... Ne comprenez-vous pas qu'aussi longtemps que l'instruction reste enveloppée de ténèbres, il est

prudent, il est sage de laisser au juge la liberté de sa procédure et voire même de son silence? »

Mais la présence de l'avocat au dernier interrogatoire peut porter des fruits. « Malgré toute sa vigilance, ce juge d'instruction aura peut-être omis d'entendre tel ou tel témoin ; il sera bon que l'avocat vienne à côté de son client signaler cette lacune. Il aura fait foi à un rapport d'expert dont les conclusions pourraient être utilement combattues; il sera utile qu'on appelle son attention sur le caractère plus ou moins probant de cette expertise et qu'au besoin des vérifications supplémentaires soient demandées. »

D'ailleurs, selon l'orateur, il était inexact de voir dans l'interrogatoire une sorte de duel entre le juge et l'inculpé. L'adversaire de l'inculpé, c'est le ministère public ; quand au juge, il est et doit rester impartial.

Après ce discours, la discussion fût clôturée. Le Sénat, au moment de voter, se trouva donc en présence de deux textes, celui de la Commission, et celui de l'amendement présenté par M. Guérin. M. Tillaye en présenta un troisième qui fut adopté par la Commission ; il était ainsi conçu : « L'inculpé détenu ou libre ne peut être interrogé ou confronté qu'en présence de son conseil ou lui dûment appelé. » Ce texte présentait sur celui de la Commission l'avantage de spécifier nettement qu'aucune distinction ne devait être faite à ce point de vue entre l'inculpé détenu et l'inculpé libre. Cette rédaction fut votée par le Sénat.

La deuxième délibération au Sénat (séance du 12 novembre 1897) eut pour effet d'introduire dans le texte déjà voté une exception relative à la renonciation de l'inculpé à l'assistance de l'avocat. Nous nous en occuperons plus tard.

A la Chambre des Députés, le rapporteur, M. Bovier-Lapierre, apprécia en ces termes le texte voté par le Sénat :

« Quelles que soient les critiques et les observations qui se présentent contre ce texte qui pourra permettre au juge d'instruction d'être autant, et peut-être plus que l'avocat lui-même, le conseil de l'inculpé, votre Commission n'en a pas apprécié les dangers assez considérables pour proposer à la Chambre de revenir à celui voté par le Sénat en première délibération et, comme conséquence, de lui renvoyer la proposition de loi. »

A la séance du 12 novembre, M. Blanc présenta un amendement identique à celui présenté au Sénat par M. Guérin. Cet amendement fut repoussé et le texte adopté par la Commission voté sans discussion.

Toutes les fois donc que le magistrat devra poser des questions à l'inculpé, il ne pourra le faire qu'avec l'assistance de l'avocat.

Faut-il dire que l'obligation qui pèse sur le juge d'instruction doit aussi peser sur les officiers de police judiciaire qui exécutent une commission rogatoire ?

Il arrive en effet, surtout dans les grandes villes, que le magistrat instructeur confie le soin d'interroger ou de confronter un inculpé libre à un officier de police judiciaire qui agit en vertu de la délégation qu'il a reçue.

A la séance du Sénat du 24 mai 1897, M. le Garde des Sceaux Darlan s'exprima ainsi : « La disposition de la loi autorisant la présence de l'avocat auprès du juge pendant les interrogatoires serait chez nous d'autant plus inutile qu'elle pourrait être plus facilement éludée.

« En effet, l'obligation qui serait imposée aux juges d'instruction d'être contrôlés par un avocat-témoin ne serait pas applicable aux officiers de police judiciaire auxquels le juge a le droit, par commission rogatoire, de déléguer une partie de ses pouvoirs, notamment le pouvoir d'interroger et celui de confronter.

« Voulez-vous dire que les commissaires de police seront traités avec plus de confiance que les juges d'instruction ? Et croyez-vous qu'une disposition légale — qui lorsqu'il s'agira de prévenus libres — pourra être éludée, soit véritablement bonne, efficace, utile ? »

Il nous paraît que M. le Garde des Sceaux Darlan s'est beaucoup trop avancé en faisant cette déclaration, qui d'ailleurs n'a été démentie par personne ni au Sénat au moment même où elle a été faite, ni plus tard lors de la discussion de la loi à la Chambre des députés. Pour nous, un officier de police judiciaire agissant en vertu d'une commission rogatoire d'un juge d'instruction est une sorte de mandataire de ce magistrat, puisqu'il n'a pas lui-même les pouvoirs nécessaires pour instrumenter ; ces pouvoirs, il ne les trouve que dans la délégation qui lui est faite, Or, « *qui mandat ipse fecisse videtur* » : l'acte, interrogatoire ou confrontation, fait par l'officier de police judiciaire est donc censé fait par le juge d'instruction. Il en résulte à notre avis que lorsque le magistrat instructeur charge, par une commission rogatoire, un officier de police judiciaire d'interroger ou de confronter un inculpé, le paragraphe 2 de l'article 9 devient applicable à ces actes qui ne seront faits valablement qu'en présence du conseil ou lui dûment appelé.

Remarquons que les officiers de police judiciaire (juges de paix, maires, adjoints, officiers de gendarmerie, commissaires de police, etc.,) sont dispensés ou sont tenus de se soumettre aux prescriptions de la loi de 1897 suivant qu'ils représentent le procureur de la République ou le juge d'instruction. Dans la première hypothèse, qu'il s'agisse d'un flagrant délit ou d'une enquête officieuse, pas plus que le magistrat dont ils sont les auxiliaires ils n'ont à s'occuper des garanties que la loi nouvelle donne aux inculpés ; mais dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire quand ils agissent sur délégation du magistrat instructeur, ils ne doivent pas manquer d'appeler le conseil à l'inter-

rogatoire ou à la confrontation auquel ils ont pour mission de procéder.

Par application du même adage juridique *qui mandat ipse fecisse videtur*, nous dirons que lorsque, en vertu de l'art. 293 C. I. C., le président des Assises délègue pour interroger l'accusé dans la maison de justice un juge d'instruction, ce magistrat n'a pas à convoquer un avocat pour assister à cet interrogatoire : en effet, il n'agit pas comme juge d'instruction, mais bien comme président d'Assises.

Cette solution ne laisse pas de paraître choquante dans l'hypothèse ci-après. Une instruction criminelle a lieu par défaut ; postérieurement à l'arrêt de renvoi, l'accusé est arrêté et conduit à la maison de justice du lieu où siège la Cour d'Assises. Le président de cette juridiction, usant des pouvoirs que lui confère l'art. 293 C. I. C., délègue un juge pour interroger en son remplacement l'accusé ; et comme celui-ci n'a subi aucun interrogatoire pendant l'instruction préalable, le président donne à son délégué mission de ne pas se borner à observer les art. 294 et 296 C. I. C., mais de procéder en outre à un interrogatoire de fond, afin d'éclaircir certains points de l'affaire demeurés jusqu'alors obscurs. Il semble, dans cette hypothèse, que l'accusé devrait être assisté d'un avocat. Nous sommes cependant d'un avis opposé : la loi de 1897, nous avons déjà eu l'occasion de le démontrer, ne s'applique qu'à l'instruction préalable ; du moment que celle-ci est close, les dispositions de cette loi ne trouvent plus leur application.

Une autre conséquence du même principe est celle-ci. Lorsqu'un magistrat procède à un supplément d'information, dans le cas où il doit interroger ou confronter le prévenu, il n'a pas à se préoccuper des prescriptions du § 2 de l'art. 9 ; il peut donc procéder à ces actes sans convoquer le conseil. En ce sens Cass. 26 avril 1900

(*Journal des Parquets* 1900, n° 10.11. 2. 167). Cass. 7 juillet 1899 (*Journal des Parquets* 1900, n° 8. 2. 145).

Ferons-nous encore application du même adage : *qui mandat...* lorsqu'un juge d'instruction français reçoit d'un de ses collègues étrangers une commission rogatoire à l'effet d'interroger ou de confronter un inculpé? Dirons-nous que ces actes étant censés faits par un magistrat étranger, les dispositions de la loi de 1897 ne doivent pas être observées? Non : une seule loi doit recevoir son application en France, c'est la loi française. D'ailleurs la plupart des traités entre la France et les autres puissances stipulent que la loi du pays requis doit être appliquée à l'exécution des commissions rogatoires.

La disposition du paragraphe 2 de l'art. 9 qui exige la présence du conseil à tout interrogatoire et à toute confrontation comporte des exceptions dans deux cas :

1° Quand l'inculpé lui-même renonce à cette assistance ;

2° Quand le conseil juge bon de ne pas se rendre à la convocation dont il est l'objet.

Premier cas. — *L'inculpé renonce à l'assistance de l'avocat.*

Nous avons déjà vu, en étudiant l'art. 7, que lors de la discussion de ce texte au Sénat, M. Demôle déposa un amendement ainsi conçu :

« Le juge d'instruction pourra néanmoins procéder à tous interrogatoires et confrontations en l'absence du conseil :

3° Si l'inculpé le requiert dans l'intérêt de sa défense.

M. Dupuy, rapporteur de la Commission, s'opposa à l'admission de ce paragraphe; selon lui, cette disposition n'aurait eu pour effet que de provoquer des sollicitations mêmes involontaires du juge qui aurait invité l'inculpé à se laisser interroger ou confronter hors de la présence de l'avocat. Le Sénat lui donna raison en repoussant cette disposition.

En deuxième délibération, à la séance du 10 mai, M. le sénateur Trarieux s'exprima ainsi :

« ... Hors de ces deux hypothèses : urgence résultant de la maladie du témoin ou d'indices sur le point de disparaître, cas de flagrant délit, l'assistance de l'avocat sera toujours obligatoire.

« Cette assistance, je vous l'ai déjà fait remarquer dans la première lecture, ne laissera pas que de compliquer et de ralentir la procédure. En effet, pour que l'avocat assiste à la confrontation ou à l'interrogatoire, il faudra qu'il soit averti, et dans quelles conditions? Averti par lettre missive, dit l'article 9, et en possession de la procédure — la veille de l'interrogatoire ou de la confrontation, dit l'article 10. De telle sorte que, pour combiner cet article 9 et cet article 10, avertir à temps l'avocat, lui communiquer le dossier vingt-quatre heures à l'avance, il faudra au moins qu'un délai de quarante-huit heures s'écoule entre le moment où le juge d'instruction aura constaté la nécessité d'interroger le prévenu ou celle de le confronter avec un témoin, et celui où cet interrogatoire ou cet confrontation seront devenus légalement possibles.

« ... Au moins faudrait-il que cette procédure nouvelle ne fût pas de nature à nuire, dans certains cas déterminés, aux intérêts de l'inculpé.

« ... Or, il vient à l'esprit une foule d'hypothèses dans lesquelles l'application de la disposition que je vous propose d'amender, si elle était maintenue telle que, serait désastreuse pour le détenu.

« ... Voulez-vous que je vous en cite un premier cas?

« Voici une instruction qui a lieu à une grande distance du chef-lieu de l'arrondissement... Le juge d'instruction s'est transporté sur les lieux... Des indices graves, des rumeurs portent les soupçons sur un individu qu'on s'emprese d'appréhender. Quel est le droit du juge?

« D'après la loi, Messieurs, il a le droit, ou plutôt il a le devoir de procéder à un interrogatoire sommaire

Aux termes de l'article 3, il constate l'identité de l'inculpé, lui donne connaissance des faits qui lui sont imputés, reçoit ses déclarations après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas en faire.

« Je suppose alors que l'inculpé parle et lui dise : « Mais, monsieur, il y a une erreur ; je ne peux pas être l'auteur de ce crime : je n'étais pas sur les lieux au moment même où il s'est perpétré ; je suis en état de prouver que j'étais à une grande distance, à sept, huit, dix kilomètres, et je le prouverais si on me confrontait avec tel individu que j'ai eu l'occasion de rencontrer à cette heure et avec lequel j'ai échangé quelques propos.

« Que peut faire le juge d'instruction ?

M. Monis. « Il peut entendre cet individu comme témoin ».

M. Trarieux. « J'allais le dire. Le prévenu s'est prévalu d'un alibi ; il a désigné la personne qui serait en état d'attester cet alibi. Tout ce que peut faire le juge, c'est d'entendre le témoin désigné. Il le fait venir et le questionne. Sans doute, si le témoin affirme l'alibi, le juge a le droit d'élargir immédiatement le prévenu.

« Mais la déclaration de ce témoin peut ne pas être aussi positive et aussi nette. Supposez qu'il n'ait que des souvenirs assez vagues du fait indiqué par l'inculpé ; qu'il dise : « C'est vrai, à telle heure une personne m'a bien parlé, mais je ne me rappelle plus son visage ; je ne suis pas en état de dire si c'est bien l'inculpé dont vous me parlez. Je n'ai que des souvenirs trop incertains pour être affirmatif ; il faudrait que je le visse pour préciser mon témoignage. »

« De là, pour le juge, nécessité de confrontation. Il ne pourra s'éclairer que s'il met en présence le témoin et le prévenu. Or, aux termes du projet que vous avez voté, il ne le peut pas.

M. Buffet. « C'est absurde. »

M. Trarieux. « Le juge devra reprendre sa voiture

pour revenir à son chef-lieu ; il devra y faire aussi conduire, sous bonne escorte, le détenu.

« Là, il lui faudra lancer une cédule au témoin qui aura à son tour à se rendre dans son cabinet, où la confrontation devra avoir lieu. Mais avant que cette confrontation soit possible, il faudra aussi écrire à l'avocat trente-six heures d'avance et mettre le dossier à sa disposition. C'est quatre, cinq, six jours qui vont s'écouler ! Et si, par hasard, lorsque la confrontation aura pu avoir lieu, il en résulte que le malheureux accusé n'a été arrêté que par suite d'une erreur, ou lui aura abusivement infligé cette prolongation de prison préventive inutile, et ces longs voyages. C'est là une nécessité inéluctable qu'aura créée la loi. »

M. Trarieux cita d'autres exemples à l'appui de sa thèse. Les observations ne furent pas sans effet utile, car elles modifièrent l'opinion de la Commission et celle du Sénat. Le texte actuel du paragraphe 2 de l'article 9 fut voté sur la proposition même du rapporteur, M. Jean Dupuy.

Ainsi donc l'inculpé peut être interrogé ou confronté sans l'assistance de son conseil, s'il y renonce expressément.

La seule condition de forme est celle-ci : la renonciation doit être expresse. La circulaire du 10 décembre 1897 s'exprime ainsi : « Pour qu'il ne subsiste aucun doute, la renonciation doit être expresse et constatée en tête du procès-verbal d'interrogatoire ou de confrontation. L'oubli de cette règle entraînerait la nullité de l'acte et de toute la procédure ultérieure. »

La question a été posée de savoir si le mineur de 21 ans et, à plus forte raison, le mineur de 16 ans avaient la capacité nécessaire pour renoncer à l'assistance du conseil ou s'ils ne devaient pas plutôt obtenir de leurs parents le consentement nécessaire. La loi est muette sur ce point ; comme il n'appartient pas à l'interprète de créer

des distinctions, nous dirons que le mineur de 16 ans lui-même peut valablement renoncer à l'assistance de son conseil (1).

Quels sont les effets de la renonciation ? A quel moment doit-elle intervenir ? A combien d'interrogatoires s'applique-t-elle ? A-t-elle un caractère provisoire ou définitif ?

La renonciation peut intervenir à un moment quelconque de l'information, au début même ou plus tard : tant qu'un interrogatoire ou une confrontation est possible, une renonciation est possible également,

Elle peut avoir une étendue plus ou moins grande ; faite au début de l'information, elle peut porter sur tous les interrogatoires et toutes les confrontations ; au cours de l'instruction, elle peut porter sur un de ces actes déterminé. Il a été jugé qu'en ce cas elle ne s'applique qu'à cet acte seul (2).

En aucun cas elle n'a un caractère définitif. Ainsi l'inculpé qui, au début, aura renoncé à l'assistance de l'avocat pour tous les interrogatoires pourra parfaitement se rétracter ensuite. Mais il va sans dire que les actes accomplis avant cette rétraction resteront pleinement valables.

La situation faite au juge d'instruction est embarrassante : l'inculpé a renoncé expressément, au début de l'information, à l'assistance du conseil à tous les interrogatoires et à toutes les confrontations qui peuvent se produire. Si, confiant en cette déclaration, le juge omet de convoquer ensuite le conseil toutes les fois que sa présence est exigée en principe par la loi, voici ce qui peut

---

(1) Voir note page 20

(2) Cr de Caen, 28 déc. 97 — D. 98.2.33.

arriver: l'inculpé, que sa renonciation antérieure ne lie aucunement, refusera de répondre aux questions qui lui seront posées. Si cette scène se passe dans le cabinet d'instruction, le mal sera facilement réparable: le conseil sera convoqué immédiatement. Mais cette hypothèse peut se réaliser au cours d'un transport ou d'une perquisition à une grande distance du chef-lieu. Le juge agira donc sagement dans ce cas en convoquant le conseil à tout évènement.

Deuxième cas. — Le conseil juge bon de ne pas se rendre à la convocation du magistrat instructeur.

Sa présence n'est pas nécessaire, mais il faut qu'il ait été *dûment appelé*. Mention doit en être faite au procès-verbal.

A la séance du Sénat du 24 mai 1897, M. Constans s'exprima ainsi: « L'assistance n'est pas obligatoire; si, par exemple, l'avoué veut plaider coupable, il n'aura pas besoin d'assister son client chez le juge d'instruction. Les avoués apprécieront s'ils veulent le faire; s'ils le jugent utile à leurs clients, ils le feront, dans le cas contraire, ils ne viendront pas. »

Le rapporteur, M. Jean Dupuy, développa à son tour la même pensée: « L'avocat n'est pas tenu d'aller à l'instruction. Il y viendra lorsqu'il jugera sa présence utile et il trouvera le motif de cette démarche dans l'intérêt même qu'il porte à son client. »

Nous venons de voir que, sauf exception, la présence du conseil est nécessaire aux interrogatoires et aux confrontations que subit l'inculpé.

C'est là pour l'avocat ou l'avoué une obligation très-lourde et on s'est demandé si l'un et l'autre ne pouvaient pas se faire remplacer dans le cabinet d'instruction.

La question a été posée par M. Julien Goujon à la séance de la Chambre des Députés du 12 novembre 1897.

« L'avocat pourra-t-il, au cours de l'instruction, se faire remplacer par un secrétaire ? Le secrétaire devra-t-il lui-même être avocat ? Et si c'est un avoué, pourra-t-il se faire remplacer par un clerc ? Car nous ne pouvons pas admettre qu'un avoué soit tout le temps dans le cabinet du juge d'instruction. Il aura autre chose à faire, à l'audience, surtout dans les petits tribunaux où non seulement il est avoué, mais où il plaide, à défaut de barreau. »

Il est certain tout d'abord que l'inculpé ne peut être assisté que par un avocat ou un avoué, ce qui exclut tout suppléant qui ne serait pas investi de l'une ou de l'autre de ces deux qualités.

D'un autre côté, la circulaire de M. le Garde des Sceaux fait défense au conseil désigné de se faire suppléer ou représenter par un confrère.

Mais il reste une hypothèse : c'est celle de l'avocat attaché en qualité de secrétaire au cabinet d'un de ses confrères. Nous ne voyons pas pourquoi on lui refuserait le droit de représenter ce dernier. D'ailleurs l'inculpé a la latitude de choisir plusieurs conseils ; il peut donc parfaitement habiliter le secrétaire de son avocat ; mais nous jugeons cette formalité inutile, la loi ayant voulu seulement que le prévenu fût assisté d'un homme offrant toutes garanties d'honorabilité et de capacité.

CHAPITRE IV

Obligation pour le juge de mettre la procédure à la disposition du conseil la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir.

La disposition prescrite à peine de nullité par l'art. 10 § 1 de la loi du 8 décembre 1897 constitue une innovation très importante. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le prévenu ne pouvait prendre communication des pièces de la procédure qu'après la clôture de l'instruction, de telle sorte qu'il était toujours interrogé sans connaître les charges qui pouvaient peser sur lui. Tandis que la défense se trouvait ainsi dans un état d'ignorance absolue, le ministère public conformément à l'art. 61 C. I. C. recevait communication de la procédure toutes les fois que le juge se proposait de faire un acte d'instruction ou de poursuite ; il pouvait, en outre, requérir cette communication à toutes les époques de l'information.

Cette situation d'inégalité entre le ministère public et la défense appelait une réforme. Le projet de 1879 voulut la réaliser par son article 133 ainsi conçu : « Le conseil de l'inculpé peut en prendre connaissance (de la procé-

dure) si le juge d'instruction estime que cette communication est compatible avec les nécessités de l'instruction. »

« Le droit de prendre communication du dossier, disait l'exposé des motifs, est reconnu déjà au ministère public et consacré par l'art. 61 C. I. C. L'art. 133 du projet établit au profit de la défense une faculté semblable, sujette toutefois au véto du magistrat instructeur, qui pourra interdire ou suspendre la communication de tout ou partie des pièces de l'instruction. »

C'était là une amélioration notable; toutefois une réserve était faite : le juge d'instruction pouvait opposer son veto à la communication du dossier au conseil. Cette réserve était la conséquence forcée de la disposition du projet qui permettait au juge d'interdire la communication de l'inculpé avec son avocat pendant un certain temps. L'art. 131 était en effet ainsi conçu : « Néanmoins le juge peut, s'il le croit nécessaire, interdire la communication de l'inculpé avec son conseil... L'interdiction ne peut s'étendre au delà du dixième jour à partir de la première comparution. Toutefois, lorsque les nécessités de l'information le commandent, la chambre du conseil peut, sur le rapport du juge d'instruction, prolonger l'interdiction pendant une seconde période qui ne s'étend pas au delà du vingtième jour à compter de la première comparution. » Il était logique de refuser pendant tout ce temps la communication du dossier.

Ce système présentait un inconvénient : le juge d'instruction pouvait, en invoquant les nécessités de l'information, rendre pendant un certain temps la procédure secrète pour le prévenu. La Commission du Sénat le comprit et proposa d'ajouter le texte suivant au § 1 de l'art. 133 :

« Hors le cas où il y a interdiction de communiquer entre l'inculpé et son conseil,... la procédure doit être mise à la disposition du conseil la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir;

« Quand il y a eu interdiction de communiquer entre l'inculpé et son conseil, la communication de la procédure doit être donnée au conseil le lendemain du jour où la défense est levée. »

M. Dauphin s'exprimait ainsi dans son rapport : « Le conseil ne peut remplir sa mission que s'il suit pas à pas les actes de la procédure. Il faut qu'il puisse conférer avec son client, en connaissance de cause, sur les mesures à requérir. Il faut surtout qu'avant chaque interrogatoire il ait examiné l'affaire avec lui et avec lui prévu les questions, préparé les réponses, découvert au milieu des documents le fait, la phrase, quelquefois le mot qui fait découvrir la vérité.

« ... Exception a trait aux communications de pièces au conseil. Le projet du gouvernement (projet de 1879) autorise un refus absolu, non seulement lorsqu'il y a mise au secret, mais généralement lorsque le juge estime que cette communication est incompatible avec les nécessités de l'instruction. La Commission accepte la disposition en cas de secret, en y ajoutant la condition que la communication complète sera donnée le lendemain du jour où il aura été levé. Mais lorsqu'une ordonnance n'a pas prononcé l'interdiction de communiquer,... la Commission propose que la procédure soit mise à la disposition du conseil au plus tard la veille de chaque interrogatoire... »

A la séance du 20 mai 1882, un sénateur, M. Grandperret, déposa un amendement dans le but de ne permettre la communication du dossier au conseil qu'à la fin même de l'information. L'instruction devait être faite dans les formes prescrites par le Code d'instruction criminelle. L'information une fois terminée, mais avant de rendre l'ordonnance de soit communiqué, le magistrat instructeur devait, dans ce système, rendre une ordonnance de clôture qui aurait permis au conseil de prendre connaissance de la procédure. Au cas où celui-ci aurait estimé que des actes supplémentaires d'instruction

étaient utiles, il aurait rédigé des conclusions sur lesquelles le juge d'instruction aurait eu à statuer.

Cet amendement de M. Grandperret fut repoussé par le Sénat.

Dans la séance du lendemain, 21 mai, M. Bernard fit remarquer que l'obligation imposée au juge d'instruction de communiquer la procédure au conseil la veille de chaque interrogatoire serait difficile à appliquer à une confrontation rendue nécessaire par une révélation faite à l'improviste.

M. Dauphin, rapporteur de la Commission, répondit que cette règle ne s'appliquait qu'à l'interrogatoire portant sur l'ensemble de l'information, et non pas aux confrontations occasionnelles qui ne sont que des incidents des dépositions des témoins.

M. Boucher-Cadart répliqua que cette distinction établie entre les interrogatoires et les confrontations lui paraissait bizarre : « On arriverait ainsi à fausser le principe en limitant à un ou deux le nombre des interrogatoires et en faisant tout passer sous la forme de confrontations ». Il demanda en conséquence la suppression du principe de la confrontation obligatoire.

Ce principe fut néanmoins adopté par le Sénat, le 5 août 1882, avec le texte proposé par la Commission, qui consacrait ainsi l'opinion émise par son rapporteur : « Le juge d'instruction n'est pas tenu de communiquer la procédure au conseil avant les confrontations ; mais si la communication n'a pas eu lieu, il ne peut interroger l'inculpé que sur les déclarations du témoin avec lequel il est confronté » (art. 152).

Cet art. 152 ne trouva pas grâce devant la Commission de la Chambre des Députés. Hors le cas d'interdiction de communiquer, elle était d'avis que le conseil, à qui elle permettait d'assister aux actes de l'information devait toujours, qu'il s'agît d'interrogatoires ou de confrontations, être mis à même de connaître à l'avance le dossier. Lorsqu'il y avait interdiction de communiquer, la règle

prescrite par le Sénat subsistait intacte : connaissance du dossier était donnée au conseil dès le lendemain de la levée de l'interdiction.

Le pouvoir d'appréciation du magistrat instructeur était donc supprimé. Dans son rapport du 15 novembre 1883, M. Goblet s'exprimait ainsi à ce sujet : « Cette restriction si défavorable à la défense ne semble pas justifiée quand on admet que le conseil peut assister à l'audition des témoins et aux interrogatoires. Comment pourrait-on lui interdire de relire dans leur texte les dépositions ou les réponses de l'inculpé qu'il a entendues ? »

La Commission de 1887, ainsi que celles de 1891 et 1895, adoptèrent un système intermédiaire entre celui voté par le Sénat en 1882 et celui élaboré par la Commission de la Chambre en 1883. Elles admirent le conseil à assister aux interrogatoires et aux confrontations, mais elles décidèrent en même temps que la communication du dossier à l'avocat ne serait obligatoire qu'à la veille de chaque interrogatoire.

Arrivons au projet Constans qui a donné naissance à la loi actuelle. Ce projet était muet sur la question de la communication du dossier.

M. Thézard dans son rapport, au nom de la Commission du Sénat, admit la communication forcée à la veille de chaque interrogatoire, sauf dans le cas d'interdiction de communiquer.

Le projet de M. Ricard et le premier rapport de M. Jean Dupuy consacrèrent la même solution.

La Cour de Cassation, consultée sur cette question, repoussa l'idée d'une communication forcée à la veille de chacun des interrogatoires ; mais elle proposa de rendre cette communication obligatoire la veille de l'interrogatoire définitif. Elle fut d'avis, au demeurant, que le juge d'instruction pourrait, lorsqu'il n'y verrait aucun inconvénient, communiquer le dossier de la procédure au con-

seil, sur sa demande; en cas de refus du magistrat instructeur, un recours pourrait être ouvert au prévenu devant la Chambre du Conseil.

La théorie émise par la Cour suprême fut vigoureusement soutenue au Sénat, dans les séances des 20 et 21 mai par MM. Trarieux et Guérin. Ce dernier déposa un amendement tendant à ne rendre obligatoire la communication des pièces qu'à la veille de l'interrogatoire définitif.

Cet amendement fut combattu par MM. Tillaye et Dauphin.

M. Dauphin demanda au Sénat de ne pas se montrer moins libéral qu'en 1882. Il désirait même que la communication fut obligatoire non pas seulement à la veille de chaque interrogatoire, mais aussi à tout instant.

Au moment de passer aux voix sur la question de la communication des pièces, le rapporteur M. Dupuy fit remarquer que le Sénat ayant déjà voté la suppression de l'interdiction de communiquer entre le prévenu et son conseil, il y avait lieu de modifier en ce sens le texte présenté par la Commission. Le texte actuel fut adopté.

Aucune discussion ne s'éleva à la Chambre des Députés au sujet de l'article 10.

Ainsi donc, sous l'empire de la loi nouvelle « la procédure doit être mise à la disposition du conseil la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir » Cette disposition du § 1 de l'art. 10 mérite d'être commentée.

Et d'abord, faut-il dire que le conseil seul a droit à la communication de la procédure et qu'en l'absence du conseil le prévenu ne peut bénéficier de cette communication? La question nous parait très délicate, car de bons arguments viennent étayer l'une et l'autre opinion.

Pour soutenir que la procédure ne peut être communiquée qu'au conseil, on peut invoquer en premier lieu le texte même du § 1 de l'art. 10 : la procédure doit être

mise à la disposition du *conseil ;* la loi ne parle que de lui, elle est muette en ce qui concerne l'inculpé.

D'ailleurs si l'on admet l'autre solution, on se heurte à des difficultés pratiques. Comment pourrait-on, en effet, mettre une procédure à la disposition d'un inculpé sans que certaines pièces ne courrent le danger d'être égarées, détournées ou même anéanties ? Si la loi avait voulu cette communication, elle se serait certainement préoccupée des conditions dans lesquelles elle aurait entendu qu'elle se fît. Or la loi, encore sur ce point, est muette. C'est qu'elle a entendu que la procédure fût mise à la disposition de l'avocat seul, qui seul aussi présente toutes les conditions requises de capacité et d'honorabilité.

La loi de 1897, peut-on ajouter, constitue un faisceau de garanties auxquelles le prévenu a le droit de renoncer : c'est lui-même qui est le meilleur juge de son propre intérêt. La principale de ces garanties est l'assistance du conseil : elle en entraîne une certaine quantité d'autres. Si donc l'inculpé veut être efficacement protégé, il ne doit pas dédaigner cette assistance. S'il y renonce, il perd par cela même le droit de se plaindre ensuite. En pratique d'ailleurs, l'inculpé qui renonce à l'assistance du conseil est celui qui se sait coupable d'un délit sans gravité et qui a tout intérêt à ce qu'une solution intervienne le plus vite possible. Qu'importe à celui-là d'être interrogé sans avoir, au préalable, pris connaissance du dossier de l'information ?

Nous sommes d'un avis contraire : nous pensons que l'inculpé peut, lui aussi, avoir communication de la procédure à la veille de chaque interrogatoire qu'il doit subir.

Les partisans de l'opinion opposée font raisonner ainsi le législateur de 1897 : Si l'inculpé fait choix d'un avocat, il jouira de toutes les garanties édictées ; mais s'il ne veut pas de l'assistance d'un conseil, qu'il ne se plaigne pas si les plus élémentaires de ces garanties lui sont refusées ! Nous croyons que le législateur n'a pas raisonné ainsi. La loi que nous commentons est une loi

très-libérale qui ne contient aucune déchéance : parceque l'inculpé n'aura pas fait choix d'un avocat, il ne s'en suit pas qu'il sera déchu du droit de se défendre efficacement Tout prévenu a le droit d'assurer sa défense le plus complètement possible. De ce que l'inculpé renonce à l'assistance d'un avocat, faut-il conclure qu'il renonce à se défendre ? Un inculpé sûr de faire éclater son innocence a-t-il besoin d'un conseil ? En a-t il besoin celui qui possède toutes les connaissances juridiques que d'autres cherchent dans un avocat? Est-ce que ces gens n'ont pas le droit de se défendre eux-mêmes ? Et puisque la loi leur accorde ce droit, ne doit-on pas en tirer cette conséquence qu'elle met à leur portée les moyens nécessaires pour l'exercer ? L'interrogatoire est considéré par le législateur comme une arme de défense pour le prévenu qui doit pouvoir préparer ses réponses comme le juge prépare ses questions. Or, lui refuser la communication de la procédure, c'est l'empêcher de se défendre. Est ce ce qu'a voulu la loi ?

Sans doute, d'ordinaire, l'inculpé ignorant du droit, sera assisté d'un avocat. Aussi la loi s'est-elle cantonnée dans cette hypothèse : en parlant seulement du conseil, elle a statué *de eo quod plerumque fit*. Il nous paraît certain que l'immense majorité des inculpés qui refusent l'assistance de l'avocat ne possèdent pas la capacité nécessaire pour remplir, vis-à vis d'eux-mêmes, la fonction de conseil. Les uns ne veulent pas de conseil parce que, sûrs d'être condamnés, ils ont intérêt à en finir le plus tôt possible ; les autres parce qu'ils sont certains de pouvoir faire éclater leur innocence. Qu'à ceux-là on ne communique pas la procédure la veille de l'interrogatoire, nous n'y voyons aucun inconvénient ; ils seraient incapables de profiter de cette communication. Mais nous pensons que l'inculpé qui, tout en refusant l'assistance d'un conseil, déclare être son propre avocat et demande à exercer tous les droits d'un avocat, ne peut pas être repoussé par une fin de non recevoir. Nous le répétons,

la loi de 1897 est une loi très libérale : elle entoure l'inculpé de garanties, elle lui offre même un conseil ; mais s'il refuse ce conseil, s'ensuit-il qu'il ne puisse se défendre lui-même ? Non ; puisque la loi lui permet de renoncer à l'assistance de l'avocat, c'est qu'elle entend lui laisser les moyens nécessaires pour se défendre efficacement ; s'il n'en était pas ainsi, elle aurait rendu l'assistance du conseil obligatoire pour le prévenu.

Au point de vue de l'application, nous établirions donc volontiers une distinction entre l'inculpé qui refuse purement et simplement l'assistance de l'avocat et celui qui, en renonçant à cette assistance, déclare vouloir être à lui-même son propre conseil. Le premier est présumé renoncer en même temps à la communication prescrite par l'art. 10 ; la procédure ne sera donc pas mise à sa disposition la veille de chaque interrogatoire. Quant au second, la communication s'impose a son égard. Il est bien certain d'ailleurs que le dossier ne sera pas laissé entre ses mains : le greffier pourra lui en donner lecture.

L'hypothèse, nous le répétons, n'est pas pratique : elle ne se présentera que très rarement. Mais il suffit qu'elle puisse se présenter pour que nous devions prendre position dans la question. Nous dirons donc que la disposition du § 1 de l'art. 10 s'applique non seulement au conseil, mais aussi à l'inculpé qui, tout en refusant l'assistance de l'avocat, a déclaré au juge vouloir exercer tous les droits de ce dernier.

Une autre question se pose qui n'a qu'un intérêt pratique : Que faut-il entendre par *mise à la disposition ?* On s'accorde à reconnaître que cette mise à la disposition confère à celui à qui elle est faite le droit de lire les pièces, de prendre des notes et même des copies, mais non celui d'emporter le dossier.

Le texte du § 1 de l'art. 10 soulève une autre difficulté. Il porte que la procédure doit être mise à la disposition

du conseil *la veille de chaque interrogatoire*. Faut il en conclure que cette communication n'est pas nécessaire à la veille de chaque confrontation ?

Nous avons vu, en nous occupant de l'historique du § 1 de l'art. 10, qu'en 1882, lors de la discussion au Sénat, un débat s'était élevé sur la question de savoir si on devait assimiler, à ce point de vue, la confrontation à l'interrogatoire. Finalement, le Sénat se prononça pour la négative en décidant, dans l'art. 152, que « le juge d'instruction n'est pas tenu de communiquer la procédure au conseil avant les confrontations, » Cette disposition, nous l'avons dit, fut supprimée par la Chambre des Députés.

En 1897, la question ne fut pas soulevée. Dans le silence de la loi et de la discussisn dont elle est issue, devons-nous adopter le système du Sénat ou celui de la Chambre ?

Nous soutenons énergiquement que la mise à la disposition du conseil de la procédure est obligatoire pour le juge aussi bien à la veille d'une confrontation qu'à la veille d'un interrogatoire.

En effet, il nous paraît d'abord impossible de tirer argument de l'art. 152 voté par le Sénat, puisque ce texte a été repoussé par la Chambre. Et, chose remarquable, dans le système de la Chambre, l'avocat assistait aux dépositions des témoins. La mise à sa disposition du dossier aurait donc présenté seulement l'avantage de lui remettre en mémoire, de lui permettre de préciser ces dépositions; néanmoins la Chambre avait manifesté nettement sa volonté de rendre la communication obligatoire. A plus forte raison devons-nous dire que cette communication est obligatoire sous l'empire de la loi de 1897, car, dans le système qu'elle a institué, l'avocat n'assiste pas aux dépositions des témoins; il a donc le plus grand intérêt à prendre, la veille de la confrontation, connaissance des dépositions que le juge se propose d'opposer à son client. Il est même nécessaire qu'il en

soit ainsi pour permettre au conseil d'organiser, en connaissance de cause, la défense de l'inculpé.

Nous tirerons de cette idée cette conséquence que l'inculpé ne peut être confronté qu'avec les témoins dont les dépositions ont été communiquées à l'avocat. M. Leloir (1) n'est pas de cet avis. Il prétend que le conseil ne peut pas s'opposer à la confrontation si, entre la communication qu'il a reçue la veille et le moment où elle a lieu, le juge d'instruction a fait quelque acte nouveau, ni exiger à ce moment une communication supplémentaire. Si on adoptait en effet, dit cet auteur, l'opinion contraire, un témoin ne pourrait jamais être confronté avec l'inculpé à la suite de sa déposition, ce qui serait, une cause de lenteur pour l'instruction et, pour les témoins une cause de dérangements réitérés. Il suffira donc, si on veut pouvoir faire des confrontations, d'avoir averti l'avocat du jour où l'on se proposait d'entendre les témoins et d'avoir mis, la veille de ce jour, la procédure à sa disposition.

Nous reconnaissons volontiers que l'interprétation donnée par M. Leloir du § 1 de l'art. 10, interprétation adoptée dans les cabinets d'instruction, présente au point de vue pratique des avantages considérables. Il est cependant permis de douter qu'elle soit l'expression fidèle de la volonté du législateur. Que dit en effet le texte de la loi? « La *procédure* doit être mise à la disposition etc. » Le mot *procédure* est très large : il comprend certainement l'ensemble de *toutes les pièces* antérieures à la confrontation. Il faudrait donc, pour que le juge d'instruction pût régulièrement procéder à une confrontation, que les dépositions écrites des témoins fussent, *la veille* du jour fixé pour cette confrontation, mises à la disposition du conseil. Au point de vue pratique, nous le répétons, ce système présenterait des inconvénients : ralentissement de la

(1) Leloir Inst. crim. p. 44.

marche de l'instruction, double citation des témoins, etc. Mais ces inconvénients ne seraient-ils pas rachetés par ce fait que l'avocat mis, à même, dès la veille de la confrontation, d'étudier soigneusement et à tête reposée les dépositions qu'on doit opposer à son client, pourrait assurer sa défense dans des conditions meilleures? En faveur de ce système nous avons invoqué la lettre de la loi; nous pouvons aussi invoquer son esprit. Le législateur de 1897 s'est en effet proposé de donner à l'inculpé les moyens nécessaires pour faire éclater son innocence. Il est logique dès lors de penser que les dispositions de la loi en général, et en particulier celle qui nous occupe, ont été conçues dans un esprit très large de protection de l'inculpé. Cette protection sera assurée dans d'excellentes conditions si *toute* la procédure est livrée, la veille de la confrontation à l'examen approfondi de l'avocat. Quelle ironie n'y aurait-il pas d'ailleurs, dans le système de M. Leloir, à communiquer au conseil une quantité de procès-verbaux ne présentant, au point de vue de la confrontation future, aucun intérêt, alors que les dépositions des témoins ne seraient pas comprises dans cette communication? Pour toutes ces raisons, nous pensons que le procédé par lequel le juge d'instruction opère une confrontation immédiatement après l'audition des témoins est un procédé irrégulier, que les nécessités ou les avantages pratiques ont su imposer, mais que la loi n'a pas voulu.

Nous venons de voir que la communication de la procédure au conseil est obligatoire pour le juge à la veille de chaque interrogatoire et de chaque confrontation. En dehors de ces hypothèses, la communication n'est plus obligatoire. Mais ne saurait-elle être facultative?

Nous répondons affirmativement. Il se peut qu'à un moment quelconque de l'information, l'avocat ait besoin d'examiner la procédure ; il adresse une demande en ce sens au juge d'instruction. Rien n'empêche le magistrat de déférer à cette requête, mais rien ne l'y contraint. Son appréciation est souveraine.

Ainsi que nous aurons l'occasion de le dire plus tard en nous occupant des caractères des nullités édictées par l'art. 12 de la loi de 1897, la nullité prescrite par le § 1 de l'art. 10 ne revêt pas le caractère d'une nullité d'ordre public. Par conséquent l'inculpé peut y renoncer s'il y trouve intérêt. Ainsi, à tout moment de la procédure, il peut dispenser le juge de mettre le dossier à la disposition de l'avocat la veille des interrogatoires et des confrontations. L'avantage qui en résultera pour lui sera l'accélération de la marche de l'instruction qui ne sera plus, dès lors, retardée par les délais imposés par la loi.

Examinons brièvement, pour terminer l'étude du § 1 de l'art. 10, deux difficultés d'ordre pratique qui ont été, d'ailleurs, solutionnées par la circulaire de M. le Garde des Sceaux.

Et d'abord, comment le conseil sera-t-il averti de la mise à sa disposition de la procédure ? Par la même lettre recommandée qui le prévient que son client sera interrogé ou confronté.

En deuxième lieu, nous devons nous demander en quel lieu se fera la communication du dossier. M. le Garde des Sceaux a prescrit que cette communication doit s'effectuer dans le cabinet d'instruction, et, en cas d'impossibilité matérielle, au greffe ; dans ce dernier cas les pièces devront être cotés et inventoriées (1).

---

(1) Cir. du G. d. S. n° 29.

CHAPITRE V

Obligation pour le juge de donner immédiatement connaissance de toute ordonnance au conseil du prévenu.

Le cinquième et dernier cas de nullité édicté par l'art. 12 de la loi de 1897 est contenu dans le § 2 de l'art. 10 ainsi conçu : « Il doit lui être immédiatement donné connaissance (au conseil) de toute ordonnance du juge par l'intermédiaire du greffier. »

Sous l'empire du code d'instruction criminelle, la question était réglée par l'art. 135. Le juge d'instruction ne devait notifier à l'inculpé que les deux seules ordonnances contre lesquelles celui-ci avait le droit de recourir par l'opposition devant la Chambre des Mises en accusation, c'est-à-dire l'ordonnance statuant sur la mise en liberté provisoire et celle relative à la compétence. — Ce système présentait des inconvénients : le prévenu ignorait la marche suivie par l'instruction et l'existence de certaines ordonnances qu'il lui importait au plus haut

point de connaître, telles que celles de non-lieu et de renvoi.

L'art. 133 du projet de 1879 contenait un paragraphe ainsi conçu : « En tout cas, il doit lui être immédiatement donné communication (au conseil), s'il le réclame, de toute ordonnance du juge susceptible de recours. » L'exposé des motifs disait : « Il sera, dans tous les cas, donné connaissance de toutes les ordonnances susceptibles de recours, *afin que le conseil puisse se rendre compte des chances d'une opposition devant la chambre du conseil.* » Le projet de 1879 rétablissait en effet la chambre du conseil comme juridiction de recours contre les ordonnances rendues relativement aux incidents de la procédure. En fait cette juridiction n'a jamais été rétablie, mais ce qu'il importe de retenir, c'est que le projet du Gouvernement prescrivait la communication des ordonnances au conseil pour permettre à celui-ci de faire opposition. L'art. 135 C. I. C. se trouvait donc virtuellement modifié.

La Commission du Sénat remania le texte de l'art. 133. Elle adopta la rédaction suivante : « En tout cas, il doit lui être immédiatement donné connaissance (au conseil) de toute ordonnance du juge. » La communication des ordonnances au conseil devenait ainsi obligatoire même si celui-ci ne la réclamait pas. De plus disparaissait la distinction entre les ordonnances susceptibles ou non de recours. M. Dauphin s'exprimait ainsi dans son rapport : « Le conseil a droit à la connaissance immédiate de toute ordonnance du juge. Il n'y a pas de différence à faire entre celles qui sont et celles qui ne pas sujettes à recours. C'est le conseil et non le juge qui doit apprécier le degré de juridiction. » Toutes les ordonnances devaient donc être notifiées au conseil à qui incomberait le soin de faire opposition à certaines d'entre elles.

Le texte adopté en 1882 par la Commission du Sénat fut voté sans discussion en 1897 par le Sénat et par la

Chambre avec cette addition : « par l'intermédiaire du greffier. »

Une question très importante se pose. Le § 2 de l'art. 10 dit que le juge doit notifier au conseil *toute ordonnance*. Que faut-il entendre par le mot « ordonnance » ?

Les commentateurs donnent à ce mot un sens large et un sens étroit. *Lato sensu*, il désigne tout acte par lequel le juge d'instruction « *ordonne* » une mesure quelconque se rapportant à l'information : ainsi une cédule à témoins, l'ordre d'extraire un détenu, l'acte qui prescrit une perquisition ou un constat d'adultère, les commissions rogatoires, les nominations d'expert, etc. sont autant d'ordonnances au sens large du mot. — *Stricto sensu*, on désigne seulement par le mot « ordonnance » les actes du juge d'instruction ayant un caractère juridictionnel, par exemple les ordonnances rendues sur la compétence, la liberté provisoire, celles de non-lieu et de renvoi, en un mot tous les actes par lesquels le magistrat instructeur *juge* et qui sont susceptibles de recours.

En faveur du *sens large*, on peut invoquer :

a) Le texte même de l'art. 10 conçu en termes très-larges et qui parle de *toute ordonnance ;*

b) Le sens que l'on donnait au mot ordonnance dans l'interprétation de la loi, avant 1897. Ainsi l'art. 28 du Code d'instruction criminelle porte que les procureurs de la République « pourvoiront à l'envoi, à la notification et à l'exécution des ordonnances qui seront rendues par le juge d'instruction... » Or la jurisprudence a toujours donné à ce mot son sens le plus large : c'est ainsi que les témoins appelés devant les juges d'instruction sont cités à la requête du procureur de la République, que les mandats sont notifiés aussi à sa requête et exécutés par ses soins ; c'est encore lui qui fait citer le prévenu devant la juridiction correctionnelle, etc. — La jurisprudence donnait le sens le plus large au mot « ordonnance » de

l'art. 135 C. I. C, ainsi conçu : « Le procureur de la République pourra former opposition dans tous les cas aux ordonnances du juge d'instruction. » (Cass. 16 janv. 1862 — D. 62. 1. 146).

En faveur du sens étroit, on oppose :

a) L'impossibilité pratique qu'il y aurait à communiquer au conseil tous les actes du juge d'instruction qui constituent des ordonnances au sens large du mot. Les dangers de nullité seraient ainsi multipliés. Enfin la perte de temps occasionnée par cette pratique entraînerait des retards dans l'instruction, retards qui seraient très préjudiciables au prévenu.

b) On ajoute que communiquer au conseil certains actes serait les rendre vains. Il en serait ainsi, par exemple, pour une ordonnance prescrivant un constat d'adultère ou une perquisition, ou pour un mandat d'amener contre un prévenu libre, etc.

Que faut-il donc entendre par *toute ordonnance ?* Disons tout d'abord qu'il est impossible de soutenir que le mot « ordonnance » doit être pris dans son sens le plus large : ainsi que le dit M. le Garde des Sceaux Darlan dans sa circulaire, « il n'est pas admissible, par exemple, que le législateur ait entendu imposer l'obligation d'avertir le conseil qu'une perquisition ou un constat d'adultère vont être opérés. »

Devons-nous prendre le mot ordonnance dans son sens étroit et soutenir que les seules ordonnances qui doivent être notifiées au conseil sont celles qui présentent un caractère juridictionnel ? C'est la théorie de M. le Garde des Sceaux Darlan : « Les ordonnances prévues par l'art. 10 § 2, sont, dans mon opinion, uniquement *celles qui ont un caractère juridictionnel*, telles que les ordonnances de compétence, de mise en liberté ou de refus de mise en liberté, d'interdiction de communiquer, *de soit-communiqué* et de clôture. »

Nous verrons tout à l'heure si nous pouvons adopter cette théorie. Mais remarquons dès à présent que l'ordonnance de soit-communiqué ne saurait être considérée comme ayant un caractère juridictionnel.

Qu'est-ce, en effet, qu'une ordonnance ayant un caractère juridictionnel ? C'est un acte par lequel le juge d'instruction juge véritablement, en usant des pouvoirs que la loi lui confère depuis la suppression de la chambre du conseil. Le juge d'instruction constitue à lui seul une véritable juridiction tout comme un tribunal ou un Cour. Tous ses jugements portent le nom d' « ordonnances », mais il n'est pas vrai de dire que réciproquement toutes ses ordonnances sont des jugements. Seules constituent des jugements les ordonnances qui réunissent les trois caractères suivants :

1° Il faut qu'elles soient précédées des conclusions du ministère public ;

2° Qu'elles soient exécutées par les soins du ministère public ;

3° Qu'elles soient susceptibles d'une voie de recours.

Ce sont là des caractères qui se retrouvent dans tout jugement.

Or peut on dire que l'ordonnance de soit-communiqué présente ces caractères ? Elle n'est que l'acte par lequel le juge d'instruction informe le ministère public qu'il croit la procédure complète et met à sa disposition les pièces du dossier : pas de réquisitions préalables du procureur de la République, pas d'exécution possible, pas de voie de recours. Elle ne présente donc pas un caractère juridictionnel, et, à ce titre, nous estimons que c'est à tort que, dans son système. M. le Garde des Sceaux en a prescrit la communication au conseil.

Ce que nous venons de dire de l'ordonnance de soit-communiqué s'applique *a fortiori* à celle de nomination d'experts. M. le Garde des Sceaux « croyant entrer dans les vues libérales du législateur » en a cependant prescrit

la communication. Cette décision nous paraît illogique eu égard au principe posé.

Nous ne nous arrêterons donc ni à l'un ni à l'autre de ces systèmes.

En 1882, la Commission du Sénat se trouva en face du texte du projet du Gouvernement ainsi conçu : « En tout cas, il doit lui être immédiatement donné communication (à l'avocat), s'il le réclame, *de toute ordonnance du juge susceptible de recours* ». Que fit la Commission? Elle jugea ce texte trop peu libéral, trop étroit, puisqu'elle le transforma ainsi : « En tout cas il doit lui être immédiatement donné connaissance *de toute ordonnance du juge* ». Plus de distinction, comme le fait remarquer le rapporteur M. Dauphin, entre les ordonnances susceptibles de recours et non susceptibles de recours, ou, en d'autres termes, entre les ordonnances de juridiction et celles qui ne revêtent pas ce caractère. Par conséquent toutes les ordonnances doivent être notifiées. Et quelle est la raison pour laquelle la Commission a jugé trop étroits les termes du projet de 1879? C'est qu'elle a pensé *qu'il appartient au conseil et non au juge d'apprécier le degré de juridiction.* En effet, il est parfois difficile d'apprécier si une ordonnance a ou non un caractère juridictionnel. Aussi la Commission du Sénat a-t-elle voulu que la question de savoir si telle ordonnance était une ordonnance de juridiction fût tranchée par l'avocat; si elle avait laissé ce soin au juge, on aurait pu craindre que, dans le doute, celui-ci s'abstint de notifier, ce qui n'aurait eu d'autre résultat que de multiplier les dangers de nullité. Pour mettre l'avocat en mesure de résoudre cette question, il fallait obliger le juge à lui notifier toutes les ordonnances.

Mais il ne faut pas perdre de vue que si le législateur avait connu un critérium de l'ordonnance susceptible de recours, il n'aurait pas prescrit la notification d'autres que celles-là. Le but qu'il se proposait en ordonnant cette notification était de tenir l'inculpé au courant de la marche de l'instruction, et surtout de lui donner l'occa-

sion, en faisant opposition, de faire valoir un cas de nullité.

Nous adopterons donc un système mixte. A notre avis notification doit être faite au conseil :

1° De toutes les ordonnances de juridiction, c'est-à-dire des ordonnances statuant sur la compétence, sur la mise en liberté provisoire, et de celles de non-lieu, de renvoi et d'interdiction de communiquer ;

2° De certaines ordonnances qui ne revêtent pas le caractère juridictionnel : telles sont les ordonnances de nomination d'expert et de soit communiqué. En ce sens Cr Lyon 8 juin 1898 (Jl d. p. 98. 2. 88).

Mais nous pensons que le législateur n'a pu vouloir que notification fût faite au conseil de tous les menus ordres qui peuvent émaner du juge d'instruction ; cédule de témoins, ordre d'extraction etc. Il a pris, à notre avis, le mot ordonnance dans le sens où l'emploie dans le lange courant : on dit en effet aussi bien ordonnance de nomination d'expert qu'ordonnance de renvoi, bien que seule la dernière ait un caractère juridictionnel. Il a prescrit la notification *de toute ordonnance*, mais il n'a pu vouloir que chaque jour et plusieurs fois par jour le juge transmit au conseil une quantité d'ordres et d'avis de transmission qui, outre qu'ils auraient entravé dans une une certaine mesure la marche et le bon fonctionnement de l'instruction, auraient encore multiplié les dangers de nullité et augmenté dans des proportions considérables les frais de justice.

Nous avons vu que le § 2 de l'art. 10 prescrit la notifi- de toutes les ordonnances *au conseil*. Il convient de nous demander, comme nous l'avons fait à propos du § 1 du même article, si le législateur a statué *de eo quod plerumque fit* ou si au contraire il a voulu priver le prévenu sans conseil de cette notification ?

Pour les raisons que nous avons déjà exposées et sur lesquelles nous ne reviendrons pas, nous dirons que la loi s'est occupée de l'hypothèse qui se réalisera le plus

souvent. Si donc l'inculpé déclare ne pas vouloir d'avocat mais demande néanmoins à exercer vis-à vis de lui-même les droits de celui-ci, le juge devra lui faire notifier toutes les ordonnances.

Une question d'ordre pratique se pose à propos de cette notification. Comment sera-t-elle opérée? La loi spécifie seulement que « connaissance doit être donnée au conseil par l'intermédiaire du greffier. »

La circulaire de M. le Garde des Sceaux indique que le greffier informera, par lettre recommandée, de l'objet de l'ordonnance, l'avocat; il mentionnera en outre au bas de l'ordonnance l'expédition de la lettre et annexera à cette mention le récépissé délivré par la poste (1).

Nous avons vu dans le cours de cette étude que la règle contenue dans l'art. 3 § 2, qui réclame la présence de l'avocat aux interrogatoires et aux confrontations, fléchissait dans les cas d'urgence. Il en est de même pour la disposition de l'art. 10 § 2. Si, à raison de l'urgence résultant de l'existence d'indices sur le point de disparaître, des vérifications sont nécessaires au début de la procédure, avant que le conseil soit désigné, le défaut de notification d'une ordonnance de nomination d'experts ne doit pas constituer un motif d'annulation de la procédure. (En ce sens Douai 16 septembre 1898). Mais dans ce cas il est nécessaire que le juge indique, en les précisant, les circonstances qui rendent ces vérifications immédiatement nécessaires, à moins que l'urgence ne résulte de la nature même de l'inculpation.

---

(1) Cir 10 déc. 1897 n° 32.

DEUXIÈME PARTIE

Examen des nullités organisées par la loi

CHAPITRE Ier

Existe-t-il d'autres nullités que celles énumérées par l'article 12 ?

Nous venons d'examiner une à une les cinq nullités énumérées par l'article 12. Une question se pose maintenant : c'est celle de savoir s'il n'existe d'autres cas de nullité. En d'autres termes, la théorie des nullités substantielles trouve-t-elle son application dans la loi du 8 décembre 1897 ? « Les nullités substantielles sont celles qui, quoique non écrites, ressortent nécessairement de ce qu'il y a d'essentiel dans l'acte prescrit, comme au cas, par exemple, où il s'agit d'un de ces intérêts d'ordre public, sur lesquels sont sans puissance le compromis des parties, l'adhésion de l'accusé, le désistement du

ministère public... » (1) Ainsi, en nous cantonnant dans la matière que nous avons choisie comme sujet de notre étude, nous devons nous demander si « toutes les fois que le juge d'instruction omettra une formalité *essentielle à la défense de l'inculpé*, la nullité sera encourue de plein droit alors même qu'elle ne serait pas formellement édictée par la loi (2). » La question se pose principalement pour la disposition édictée par le § 3 de l'article 3.

La jurisprudence, fidèle à sa propre tradition, applique à la loi de 1897 la théorie des nullités substantielles : « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Cassation en date du 4 février 1898 (*Journal des Parquets* 1898. 2. 34), que l'art. 3, § 3 de la loi de 1897 porte ; « Si l'inculpation est maintenue, le magistrat donnera avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avocats inscrits au tableau ou admis au stage ou parmi les avoués, et à défaut de choix, il lui en fera désigner un d'office, si l'inculpé le demande » ; qu'aux termes des art. 9 et 10, le conseil est appelé à assister aux interrogatoires et confrontations de l'inculpé, à prendre communication de la procédure la veille des interrogatoires et à être avisé des ordonnances du juge ; que ces dispositions des art. 9 et 10 sont prescrites à peine de nullité; que l'assistance d'un conseil au cours de l'instruction est donc considérée par la loi comme essentielle à la défense de l'inculpé qui réclame cette assistance ; que l'inculpé doit donc être mis à même d'exercer le droit qui lui a été garanti par l'art. 3, § 3 ; *qu'il importe peu que la nullité n'ait pas été attachée expressément à l'inobservation de ce paragraphe*, puisque les formalités qui font partie substantielle du droit de défense sont de rigueur et que leur omission constitue de plein droit et par elle-même une nullité

---

(1) Nouguier, *Cour d'Assises*, t. 1 n° 22 p. 29.
(1) Le Poittevin, *Journal des Parquets*, 1878. 1. 147.

radicale. » En ce sens : Seine 24 juin 1898 (*Journal des Parquets* 98. 2. 91).

Nous pensons au contraire que la théorie des nullités substantielles ne doit pas recevoir son application dans la loi de 1897.

Il est de principe, en effet, que les textes édictant des nullités doivent être interprétés restrictivement ; c'est ici le cas de faire application de cette règle. De plus l'examen des travaux préparatoires des projets précédents nous fournit un argument en faveur de notre opinion.

Le premier projet, celui de 1879, ne donnait aucune sanction aux dispositions qu'il édictait. Mais la Commission du Sénat combla cette lacune en ajoutant à certaines de ces dispositions la mention : *à peine de nullité.*

A la séance du Sénat du 6 juin 1882, M. Bozérian s'exprima ainsi :

« ... Parmi les règles édictées pour l'instruction criminelle... il y a des formalités que, dans le langage juridique, on qualifie de substantielles, et d'autres qui ne méritent pas cette qualification. Les formalités substantielles doivent être observées à peine de nullité ; il n'en est pas de même des autres.

« ... L'ancien code d'instruction criminelle, à l'égard de certaines formalités que l'ancienne législation considérait comme substantielles, avait édicté d'une façon expresse qu'elles seraient observées à peine de nullité ; mais il ne l'avait pas fait pour toutes ; et, par suite, la question s'est posée de savoir si certaines prescriptions d'instruction criminelle, qui n'étaient pas édictées d'une façon expresse à peine de nullité, ne devaient pas cependant être considérées comme tellement essentielles que, même en l'absence de toute indication de la part du

législateur, il fût nécessaire de prononcer la nullité lorsqu'elles n'auraient pas été observées.

« Les difficultés, je le répète, ont été nombreuses... Eh bien, elles vont se présenter encore pour l'application de la loi nouvelle...

« ... Je suis sûr qu'au fond, sur beaucoup d'articles, nous sommes d'accord, la Commission et moi, mais je me demande si elle ne ferait pas une œuvre utile, soit en indiquant, après examen, ceux des articles qui, suivant elle, doivent être observés à peine de nullité, *soit en énonçant dans une disposition finale,* de manière à ne pas modifier les articles déjà votés, que tels ou tels articles seront observés à peine de nullité.

« La discussion pourrait alors s'engager devant le Sénat *et nous obtiendrions ce résultat éminemment avantageux d'empêcher pour l'avenir les controverses* que je rappelais tout à l'heure, *et de couper court à toutes les difficultés* du genre de celles qui se sont élevées pour l'interprétation du Code d'instruction criminelle... »

Le Sénat passa outre sur la réponse du rapporteur qui fit observer que la Commission avait inscrit dans la loi la peine de nullité toutes les fois qu'elle avait voulu édicter cette peine.

En deuxième délibération, à la séance du 25 juillet 1882, M. Bozérian formula de nouveau la même demande.

« ... J'ai appelé, dit-il, l'attention de la Commission et particulièrement celle de M. le rapporteur, sur l'avantage qu'il y aurait peut-être *à réunir dans un article final toutes les causes de nullité*... Si toutes ces questions n'étaient point tranchées législativement, vous seriez exposés à voir renaître toutes ces interminables controverses sur la question de savoir si telle ou telle formalité est ou n'est pas substantielle... »

Cette fois, la Commission adopta cette manière de voir

et présenta au vote du Sénat un article énumérant tous les cas de nullité.

Depuis cette époque jusqu'en 1897, tous les projets présentés sur la matière ont contenu un article groupant les cas de nullité. Ne sommes-nous pas en droit de prétendre dès lors que les rédacteurs du projet de 1897 ont entendu, comme les membres de la Commission de 1882, écarter l'idée de nullités substantielles ?

Nous avons eu déjà l'occasion de le dire, si l'on réclame l'application de la théorie des nullités substantielles à la matière qui nous occupe, c'est surtout pour prétendre que la disposition du § 3 de l'article 3, quoique non comprise dans l'énumération de l'article 12, est néanmoins prescrite à peine de nullité.

« Ainsi, dit-on (1), si le juge d'instruction n'a pas averti un inculpé qu'il a le droit d'être assisté par un conseil, cet inculpé peut n'avoir pas connu l'étendue de ses droits ; par suite, il est possible que, faute d'avoir reçu l'avertissement prescrit, il n'ait pas organisé utilement sa défense pendant l'instruction et réclamé le concours d'un avocat. La défense n'a donc pas été assurée conformément au vœu de la loi ; il y a donc violation d'une formalité substantielle et nullité de la procédure. »

Que nous importent ces raisonnements s'ils n'aboutissent pas à nous prouver un inconvénient pratique ? Nous soutenons que le législateur de 1897 n'a pas voulu prescrire la disposition du § 3 de l'article 3 à peine de nullité, parce qu'il a jugé cette sanction inutile. A notre avis, en effet, elle aurait fait double emploi avec la sanction du § 2 de l'article 9 qui, lui, figure dans l'énumération de l'art. 12. Du moment que « l'inculpé détenu ou libre ne peut être interrogé ou confronté, à moins qu'il n'y renonce

(1) **Le Poittevin**, J. d. p. 1898. t. 108.

expressément, qu'en présence de son conseil ou lui dûment appelé », nous pensons que l'inculpé doit certainement savoir qu'il a le droit de se faire assister d'un conseil. En effet, pour pouvoir *renoncer expressément* à l'exercice d'un droit, il faut savoir que l'on jouit de ce droit. Donc de deux choses l'une : ou le premier interrogatoire aura lieu en présence d'un avocat, et le vœu de la loi est ainsi comblé, ou le conseil ne sera pas présent, et alors, conformément à la disposition du § 2 de l'art. 9, *qui est prescrite à peine de nullité*, c'est que le prévenu *aura renoncé expressément* à son assistance ; cette renonciation aura été mentionnée au procès-verbal ; il est dès lors certain que l'inculpé aura été averti de son droit.

L'article 10 dont les deux paragraphes sont prescrits *à peine de nullité* nous garantit encore l'exécution de la disposition du § 3 de l'article 3. Il porte, en effet : 1° que la procédure doit être mise à la disposition du conseil la veille de chaque interrogatoire que doit subir l'inculpé ; 2° qu'il doit être donné immédiatement connaissance au conseil de toute ordonnance du juge. Cet article suppose donc qu'un conseil assiste l'inculpé ; s'il n'en est pas ainsi, c'est que l'inculpé a, antérieurement, renoncé à cette assistance ; s'il a renoncé à cette assistance, c'est qu'il a été instruit de son droit.

A notre avis donc, toutes les fois qu'on invoquerait la violation de la disposition du § 3 de l'article 3, en supposant qu'elle soit prescrite à peine de nullité, on pourrait en même temps invoquer la violation des dispositions de l'art. 9 § 2 et de l'article 10. N'étions-nous pas en droit de prétendre qu'il y aurait double emploi ?

M. Le Poittevin (1), partisan de la théorie des nullités substantielles, invoque un arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour de Caen (28 décemb. 1897, J[l] des p. 98. 2. 6) qui nous paraît au contraire étayer notre théorie.

---

(1) « J[l] des Parquets » 1898. 1. 109.

« La Cour :

« Attendu qu'il ne résulte pas du dossier soumis à la Cour, que le juge d'instruction du tribunal de Cherbourg ait, postérieurement à la promulgation de la loi du 8 décembre 1897, donné avis à chacun des inculpés de son droit de choisir un conseil, soit de s'en faire désigner un d'office : .....

« Attendu que, dans tous les cas, *il n'existe aucune preuve au dossier que les inculpés aient*, ainsi qu'ils le peuvent aux termes de l'art. 9 § 2, *renoncé expressément à l'assistance des conseils* à laquelle ils avaient droit ;

« Attendu, en outre, que *l'ordonnance de soit communiqué* du 17 décembre 1897 *et l'ordonnance de renvoi* du 19 du même mois, *n'ont été portées à la connaissance d'aucun conseil*, contrairement aux dispositions de l'article 10 § 2 de la loi du 8 décembre ; que la formalité édictée par ce texte est essentielle au droit de la défense ;

« *Attendu enfin que les prescriptions des articles 3 § 3, 9 § 2 et* 10 *sont prescrites à peine de nullité* de l'acte et de la procédure ultérieure... »

Remarquons d'ailleurs que si cet arrêt invoque la violation de l'art. 3 § 3, c'est par suite d'une erreur : c'est la disposition du § 2 de l'article 3 et non celle du § 3 du même article, nous l'avons vu, qui est prescrite à peine de nullité.

M. Le Poittevin (1) est d'avis que par application de la théorie des nullités substantielles « il y aura également nullité, lorsque l'inculpé a demandé qu'il lui fût désigné un avocat d'office et que le juge d'instruction a omis de faire une demande de désignation au bâtonnier, et, malgré l'absence de tout conseil, a procédé à des interrogatoires ou confrontations. » Nous ferons toujours la même réponse : dans l'hypothèse que choisit M. Le Poittevin,

---

(1) Ibid.

l'inculpé n'a pas renoncé expressément à l'assistance d'un conseil, puisqu'au contraire il a demandé la désignation d'office d'un avocat. Si donc le juge d'instruction l'interroge ou le confronte en dehors de cette assistance, le procès-verbal d interrogatoire ou de confrontation, ne portant pas mention de la renonciation expresse de l'inculpé, tombera sous le coup de la nullité édictée par l'article 12. Du moment que les nullités de l'art. 12 sont suffisantes, pourquoi vouloir en créer de nouvelles ?

Nous conclurons donc en disant qu'à notre avis la théorie des nullités substantielles, qui d'ailleurs jusqu'à présent n'était invoquée qu'en matière de grand criminel, ne trouve pas son application dans la loi du 8 décembre 1897.

CHAPITRE II

Caractères des nullités.

Nous venons de voir que cinq dispositions seulement sont prescrites à peine de nullité par la loi de 1897 et qu'on ne peut ajouter à ce chiffre, la théorie des nullités substantielles n'étant pas applicable à la matière. Il convient de nous demander maintenant quels sont les caractères que revêtent ces nullités : sont elles d'ordre absolu ou d'ordre relatif ?

Une distinction nous paraît dès d'abord nécessaire entre les cinq cas de nullité.

Il est incontestable que la nullité prévue par l'art. 1er, touchant à la constitution des juridictions, est d'ordre public. Mais nous n'attribuerons pas le même caractère aux quatre autres cas.

En effet, la disposition du § 2 de l'art. 9, interdisant au juge d'interroger ou de confronter l'inculpé hors de la présence de son conseil, a été considérée, nous l'avons vu, par le législateur, comme la disposition fondamentale et la plus importante de son œuvre. Or il a permis néanmoins à l'inculpé de renoncer à cette garantie. A plus

forte raison a-t-il dû lui permettre de renoncer aux autres qui ne présentaient, à ses yeux, qu'un intérêt moindre.

On comprend d'ailleurs très bien que le législateur de 1897 ait permis à l'inculpé de renoncer à l'exercice d'une nullité. Celui-ci peut avoir hâte, en effet, de voir se clôturer l'instruction et de se présenter devant des juges. Oserait-on soutenir qu'il est dans tous les cas heureux pour le prévenu de recommencer à subir une instruction nouvelle ? C'est lui qui constitue le meilleur juge de son propre intérêt et par conséquent, rationnellement, il doit avoir le droit de renoncer à une garantie qui lui serait préjudiciable. En ce sens : Paris, 9 mai 98 (1).

La nullité de l'art. 1er, avons-nous dit, est d'ordre public. D'où certaines conséquences que nous allons énumérer :

1° Elle peut être invoquée en tout état de cause, en appel comme en première instance et même devant la Cour de Cassation ;

2° Tout le monde peut s'en prévaloir et le moyen peut même être relevé d'office par les juges ;

3° Elle ne peut pas être couverte par la renonciation ou le silence du prévenu.

Les quatre autres cas de nullité, étant d'ordre relatif, produisent des conséquences opposées.

1° Ces nullités peuvent être couvertes par la renonciation ou le silence du prévenu.

Ainsi que nous aurons l'occasion de le dire en étudiant la mise en œuvre des nullités, le prévenu n'a qu'un moyen de faire valoir la nullité qu'il découvre : c'est de faire opposition, devant la Chambre d'accusation, à une ordonnance du magistrat instructeur. Nous soutenons que la loi de 1897 a modifié le § 2 de l'art. 135 du Code d'instruction criminelle, en ce sens qu'elle permet à

---

(1) Gaz. du Pal. 98. 746.

l'inculpé de frapper d'opposition *toutes* les ordonnances dans le délai de vingt-quatre heures à partir de la notification qui lui est faite. Ce délai écoulé, l'inculpé est déchu de son droit. Si donc il laisse passer le délai de vingt-quatre heures sans faire opposition à l'ordonnance de renvoi, cette ordonnance, n'étant plus susceptible d'être attaquée devant la seule juridiction compétente, acquiert force de chose jugée et devient définitive.

A plus forte raison le prévenu peut-il, par son consentement formel, couvrir une nullité.

La renonciation de l'inculpé à se prévaloir d'un cas de nullité peut donc être, à notre avis, tacite aussi bien qu'expresse. En ce sens : Paris 9 mai 1898 (*Journal des Parquets* 98. 2. 90).

On prétend (1) dans une autre opinion, que cette renonciation ne peut être qu'expresse et on tire argument de ce que le § 2 de l'art. 9 exige que le conseil soit présent à l'interrogatoire de l'inculpé, à moins que celui-ci n'y renonce expressément. La situation n'est pas la même : dans le cas prévu par le § 2 de l'art. 9, il s'agit d'une renonciation concomitante à l'interrogatoire ; la nullité n'est pas encore encourue puisque l'interrogatoire n'a pas encore eu lieu. La loi, qui désire protéger autant que possible l'inculpé et le garantir contre son propre trouble et son énervement, a voulu que sa renonciation fût expresse pour être assurée formellement que telle était bien sa volonté de renoncer à l'assistance du conseil. Tandis qu'ici il ne s'agit plus d'une renonciation concomitante à l'acte qui doit être frappé de nullité, mais bien d'une renonciation postérieure à cet acte. La nullité est acquise ; va-t-on en faire état ou au contraire ne l'invoquera-t-on pas ? Telle est la question qui se pose. Qui la résoudra ? L'inculpé qui, nous le répétons, constitue le meilleur juge en sa propre cause. Veut-il invoquer la

---

(1) Jean Olier, J[l] des p. 98. 1. 187.

nullité ? Il le fera par la voie de l'opposition. Considère-t-il au contraire qu'il vaut mieux, dans son intérêt, ne pas l'invoquer ? Il y renoncera en laissant s'écouler le délai à l'expiration duquel l'ordonnance de renvoi deviendra définitive.

Il n'aura, à notre sens, l'occasion de renoncer expressément que dans le cas où le juge d'instruction, découvrant une nullité au cours de l'information, voudra, avant de poursuivre son œuvre, connaître les intentions de l'inculpé.

2° La seconde conséquence que nous tirons du principe que les nullités prévues par la loi de 1897, sauf la première, sont d'ordre relatif, c'est que le prévenu seul peut les invoquer.

En effet, cette loi a uniquement pour but de protéger l'inculpé ; elle l'a entouré de garanties. Mais n'est-il pas logique de dire que lui seul peut s'en prévaloir ? Puisque lui seul est protégé, il doit être le seul à mettre en œuvre les moyens qui peuvent lui assurer cette protection. Nous dirons donc que le procureur de la République, le procureur général et la partie civile ne peuvent, dans leurs oppositions, invoquer un des 4 derniers cas de nullité énumérés par l'art. 12.

CHAPITRE III

Des effets de la nullité

L'article 12 de la loi du 8 décembre 1897 s'exprime ainsi : « Seront observées, *à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure*, les dispositions prescrites par les articles 1er, 3, paragraphe 2 ; 9, paragraphe 2 ; et 10. »

La formule est générale et s'applique aux cinq cas de nullité.

Dans l'hypothèse prévue par l'art. 1er, l'instruction préalable est close : il est défendu au juge d'instruction de participer au jugement d'une affaire qu'il a instruite. Si cette prohibition est violée, l'acte, c'est-à-dire le jugement, est frappé de nullité. Cette nullité sera prononcée par la Cour d'Appel ou à défaut par la Cour de Cassation elle-même. Dans ce dernier cas, non seulement l'acte, le jugement tombe, mais encore toute la procédure ulté-

rieure, c'est-à-dire l'acte d'appel et la procédure devant la juridiction d'appel.

Avec les quatre autres cas de nullité, nous rentrons dans le cadre de l'instruction préalable.

Si, lors de la première comparution, le magistrat, contrevenant à la disposition du paragraphe 1er de l'art. 3, omet d'avertir l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration, la nullité s'attachera à l'acte, c'est-à-dire au procès-verbal de première comparution et à la procédure qui aura suivi cet acte.

Il en est de même pour le paragraphe 2 de l'article 9 qui contient le troisième cas de nullité. Le procès-verbal d'interrogatoire ou de confrontation sera nul ainsi que la procédure ultérieure, si, hors le cas de renonciation expresse du prévenu, l'interrogatoire ou la confrontation n'ont pas eu lieu en présence du conseil ou lui dûment appelé.

Avec la disposition du paragraphe premier de l'article 10, la nullité n'est plus concomitante à un acte : « la procédure doit être mise à la disposition du conseil la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir. » Elle n'atteint donc que des actes postérieurs, notamment l'interrogatoire non précédé de communication.

Quant à la disposition du paragraphe 2 de ce même article 10, elle soulève, en ce qui concerne la nullité, une difficulté très délicate. Ce texte prescrit qu' « il doit être immédiatement donné connaissance au conseil de toute ordonnance du juge par l'intermédiaire du greffier. » Au cas où cette formalité est omise, il n'est pas douteux que toute la procédure postérieure à l'ordonnance non notifiée soit entachée de nullité. Mais la question se pose de savoir si cette ordonnance elle-même est atteinte par la nullité.

La jurisprudence a admis sans hésitation l'affirma-

tive (1), mais sans motiver, dans aucun de ses nombreux arrêts, sa décision.

A l'appui de l'opinion contraire, on fait valoir les arguments suivants (2). D'après les règles de notre procédure criminelle, le défaut de notification d'un acte n'entraîne jamais la nullité de l'acte lui-même, quelle que soit l'importance de cette notification : c'est ainsi qu'on n'a jamais prétendu que l'omission de la notification de l'arrêt de renvoi ou de l'acte d'accusation entraînât leur nullité. Or on ne saurait admettre que les mots « *à peine de nullité de l'acte* » aient pour conséquence de déroger à un principe qui domine toute notre procédure criminelle. La formule employée s'explique tout naturellement : le législateur a eu en vue l'inobservation des prescriptions de l'article 9 paragraphe 2, et il a rédigé son texte en conséquence. L'ordonnance non portée à la connaissance du conseil restera intacte. En effet, aucun délai n'étant prescrit pour cette notification, aucune nullité ne peut être encourue, quel que soit le laps de temps écoulé avant qu'elle soit opérée. La nullité n'apparaît que lorsqu'il est procédé à un nouvel acte ; c'est cet acte que la loi vise et qu'elle veut atteindre.

Cette théorie a été développée par M. Leloir (3) et par M. Atthalin, alors procureur de la République à Paris, dans une requête présentée au tribunal de la Seine le 28 décembre 1897 (4).

---

(1) Seine, 22 déc. 1897 et Cour de Paris, 6 janv. 1898 (Journal des Parquets 98. 2. 1) Cour de Caen, 28 déc. 1897 (ibid. p. 6). Lyon 5 jan. 1898 (ibid. p. 21). Paris 6 janv. 1898 (ibid. p. 5). Aix 6 janv. 1898 (ibid. p. 22). Rennes 12 janv. 1898 (ibid. p. 24). Caen 20 janv. 1898 (ibid. p. 23), Lyon 26 janv. 1898, ibid. p. 27).

(2) Article de M. Le Poittevin, *Journal des Parquets* 1898. 1. 110.

(3) Commentaire de la loi de 1897, p. 64.

(4) *Journal des Parquets*, 1898. 2. 3.

Nous ne saurions adopter cette manière de voir. Nous pensons avec la jurisprudence que la loi frappe de nullité *et l'ordonnance elle-même* et la procédure ultérieure.

Sans doute il est de principe dans notre procédure criminelle que le défaut de notification d'un acte n'entraîne pas la nullité de l'acte lui-même, et l'exemple que citent à l'appui de leur thèse les partisans de l'opinion adverse paraît judicieusement choisi ; en effet, il est constant que l'omission de la notification de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation n'entraîne pas leur nullité, mais seulement la nullité de la procédure ultérieure (1). Mais nous nous trouvons dans cette hypothèse en présence d'un cas de nullité substantielle, c'est-à-dire non édictée par la loi. Que dit en effet l'art. 242 C. I. C. ? « *L'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation seront signifiés à l'accusé et il lui sera laissé copie du tout.* » Pas un mot sur la question de nullité.

Au contraire, l'art. 12 de la loi de 1897 est formel en ce qui concerne la nullité : « *Seront observées à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure les dispositions etc...* » Que devons-nous en conclure ? C'est que le législateur a *voulu* édicter la nullité de l'acte lui-même, c'est-à-dire, dans le cas qui nous occupe, de l'ordonnance non notifiée.

Aucun délai, disent nos adversaires, n'est prescrit pour cette notification : par conséquent, quel que soit le laps de temps écoulé avant qu'elle soit opérée, aucune nullité ne peut être encourue. Cette affirmation nous paraît erronée. Le § 2 de l'art. 10 prescrit en effet la noti-

---

(1) Cass. 16 oct. 1845 ; 12 fév., 18 juin 1846 ; 7 juillet 1847 ; 16 mars, 22, 29 juin 1848 ; 10 jan. 1850 ; 25 juill. 1850 ; 12 nov. 1850 ; 29 juill. 1852 ; 6 janv. 1853 ; 1er juin 1854 ; 6 mai 1859 ; 16 mai 1861 ; 27 avril 1865.

fication *immédiate* au conseil de l'ordonnance. Cette notification devait donc, dans la pensée du législateur, faire pour ainsi dire corps avec l'ordonnance, constituer une de ses qualités essentielles, tout comme, par exemple la signature du juge. Dans ces conditions le législateur devait bien se garder, et c'est ce qu'il a fait, de prescrire un délai de 24 ou 48 heures. Le mot *immédiatement* a une valeur et une portée considérables : il signifie qu'une ordonnance *n'existe* qu'à la condition qu'elle ait été notifiée.

Nous tirerons de ce principe une conséquence importante en ce qui concerne l'ordonnance de renvoi. Cet acte clôture l'information. Or, dans le système de nos adversaires, quelle serait la sanction du défaut de notification de cet acte ? De procédure subséquente, il n'y en a pas, et, d'un autre côté, la nullité ne peut pas frapper l'ordonnance elle-même. Il faudrait donc dire que, dans ce cas particulier, l'art. 12 serait une disposition dénuée de toute sanction, puisque le défaut de notification ne serait aucunement susceptible de faire modifier en quoi que ce soit la procédure défectueuse.

Dans notre opinion, au contraire, la difficulté ne peut être soulevée. L'ordonnance de renvoi, si elle n'est pas notifiée, est frappée de nullité : l'article 12 reçoit donc, dans tous les cas, son application.

Nous dirons donc, pour nous résumer, que le défaut de notification d'une ordonnance entraîne la nullité non seulement de la procédure ultérieure, mais encore de l'acte lui-même.

CHAPITRE IV

Mise en œuvre des nullités

—

SECTION Ire

—

La nullité est découverte dans le cours de l'instruction

—

Trois personnes peuvent découvrir le vice de l'information : le juge d'instruction lui-même, le procureur de la République qui, en vertu de l'art. 61 du C. I. C. a le droit de se faire communiquer a tout instant la procédure, et le conseil du prévenu, à la disposition duquel cette procédure est mise à la veille de chaque interrogatoire.

Constatons que la première nullité édictée par l'art. 12, celle qui trouve sa place dans l'art. 1er, ne peut se produire pendant l'instruction. Il n'en reste donc que quatre :

1° Défaut d'avertissement au prévenu qu'il est libre de ne faire aucune déclaration ;

2° Absence de l'avocat à un interrogatoire ou à une confrontation ;

3° Défaut de mise à la disposition du conseil de la procédure à la veille de chaque interrogatoire ;

4° Défaut de notification au conseil de toute ordonnance du juge.

Supposons d'abord que ce soit le prévenu qui découvre un vice dans l'information : en fait lui seul peut avoir intérêt à l'opposer.

Nous avons vu, en étudiant le caractère des nullités édictées par la loi de 1897, qu'une seule d'entre elles est d'ordre public : c'est celle prévue par l'art. 1er ; nous n'avons pas à nous en occuper ici. Quant aux quatre autres, celles que nous venons d'énumérer, elles sont toutes d'intérêt privé et susceptibles d'être couvertes par le silence ou le consentement de l'inculpé.

Donc, lorsque celui-ci découvrira dans l'information ouverte contre lui un vice entachant de nullité la procédure, il devra tout d'abord se poser à lui-même la question de savoir s'il a intérêt à invoquer cette nullité.

Il est des hypothèses où cet intérêt ne se manifestera pas : la procédure nécessaire pour faire prononcer l'annulation exigera, en effet, un délai plus ou moins grand qui prolongera la détention préventive. On conçoit dès lors qu'un individu qui se sait innocent ou qui n'est poursuivi que pour un délit dénué de gravité, souhaite d'être jugé au plus tôt et évite, pour arriver à ce but, de faire durer l'information.

Examinons d'abord le cas où le prévenu croit de son intérêt de faire valoir la nullité qu'il a découverte. Par quels moyens y parviendra-t-il ?

La question est très délicate et a été diversement résolue par les commentateurs.

Dans une opinion (1) on distingue suivant qu'il s'agit

---

(1) Milhaud et Monteux, p. 293.

de faire annuler une ordonnance ou tout autre acte d'instruction. S'agit-il de faire annuler une ordonnance ? La juridiction compétente est la Chambre des mises en accusation ; mais le prévenu n'aura, suivant les termes de l'art. 135 C. I. C., le droit de faire opposition que dans deux cas, lorsqu'il s'agira d'une ordonnance fixant les conditions de la mise en liberté provisoire ou statuant sur la compétence. En toute autre hypothèse, le prévenu ne pourra que demander au procureur de la République ou au procureur général de vouloir bien user à son profit du droit que leur donne le même art. 135 de faire opposition à toute ordonnance.

Les partisans de cette opinion eux-mêmes ne gardent aucune illusion : « En faisant application de ces principes toutes les fois qu'une question de nullité sera soulevée à l'occasion de l'absence de notification d'une ordonnance, on voit que la loi de 1897 prête le flanc à une grave critique. La nullité ne pourra jamais être invoquée par le prévenu devant la Chambre des mises en accusation. Elle ne le pourra que dans les deux cas prévus par l'art. 135... » De son côté le procureur de la République ne pourra saisir la Chambre des mises en accusation que s'il a fait opposition dans le délai très court de vingt-quatre heures. La seule ressource qu'aura l'inculpé sera de dénoncer le défaut de notification au procureur général pour qu'il puisse faire opposition. Le délai de dix jours donné au procureur général sera suffisant pour qu'il puisse intervenir. Mais dans ces conditions *l'inculpé est entièrement à la merci du procureur général*. Si le procureur général estime qu'il n'a pas à saisir la Chambre des mises en accusation, il ne la saisira pas. L'inculpé aura bien, il est vrai, la ressource de porter une plainte aux supérieurs hiérarchiques, au garde des sceaux, mais il serait puéril de se faire la moindre illusion sur le sort d'une plainte formée par un inculpé, qui sera quelquefois un repris de justice, contre un procureur général. »

Quelle meilleure critique pourrait-on faire de cette opinion que celle que nous présentent ses partisans eux-mêmes? Nous nous contenterons de tirer une conclusion qui sera celle-ci : il est impossible qu'une loi aussi libérale que celle de 1897 ait voulu laisser le prévenu sans aucun moyen de faire sanctionner lui-même les garanties qu'elle lui accorde.

S'il s'agit de faire prononcer la nullité d'un acte autre qu'une ordonnance, par exemple d'un interrogatoire auquel le conseil n'a pas assisté, on en est réduit dans ce système à la procédure suivante : le procureur, averti par l'inculpé, *pourra* demander au juge de lui communiquer son information, Le juge *pourra* se conformer au désir du procureur, et le procureur *formera* aussitôt opposition à l'ordonnance de soit communiqué devant la Chambre des mises en accusation (1).

Ici encore, tout comme dans l'hypothèse précédente, le prévenu a les bras liés ; sans la complaisance du procureur et du juge d'instruction, il ne saurait faire valoir les nullités. Cela est inadmissible.

Dans une autre opinion (2), on admet que l'inculpé a les mêmes droits que le procureur de la République en ce qui touche l'opposition devant la Chambre des mises en accusation ; par conséquent la loi de 1897 aurait dérogé à l'article 135 C. I. C. Expressément non, car, dit-on, elle n'a pas prévu ces difficultés ; mais, comme elle a créé des droits nouveaux pour l'inculpé, elle a évidemment entendu lui donner l'exercice de ces droits. On en conclut que lorsqu'il s'agit d'une nullité prévue par l'article 12 de la loi du 8 décembre 1897, les règles de l'opposition sont modifiées en ce sens : 1° que cette voie de recours est

---

(1) Milhaud et Monteux, op. cit. p. 299.

(2) Olier, J. d. p. 1898. 1. 90. — Le Poittevin, J. d. p. 1898. 1. 120.

ouverte au prévenu, aussi bien qu'au ministère public ; 2° que l'opposition est recevable, malgré l'expiration du délai de 24 heures prévu par l'article 135, tant qu'un jugement ou arrêt définitif n'a pas statué au fond.

Ce système présente cet avantage sur le précédent qu'il est vraiment libéral : il donne au prévenu les moyens de mettre en œuvre lui-même les nullités édictées par la loi.

Quant à nous, nous pensons que la loi du 28 décembre 1897 a dérogé seulement au troisième paragraphe de l'art. 135 C. I. C. qui est ainsi conçu : « Le prévenu ne pourra former opposition qu'aux ordonnances rendues en vertu de l'art. 114 et dans le cas prévu par l'art. 135. » Par contre, nous croyons qu'elle n'a pas touché au paragraphe suivant qui impartit un délai de 24 heures pour faire opposition.

La loi de 1897, avons-nous dit, a dérogé au paragraphe 3 de l'art. 135 C. I. C. Nous aurons l'occasion de démontrer plus loin qu'il n'existe qu'une juridiction qui ait le pouvoir d'annuler la procédure du juge d'instruction, c'est la Chambre d'accusation. Or un seul moyen existe de saisir cette juridiction, c'est l'opposition à une ordonnance du magistrat instructeur. Sous l'empire du Code de 1808, le prévenu n'avait le droit de former opposition qu'aux ordonnances statuant sur sa liberté provisoire et sur la compétence. Nous soutenons qu'il en est autrement depuis la loi de 1897 : le prévenu a actuellement le droit de faire opposition à toutes les ordonnances du juge. On ne saurait comprendre, en effet, qu'une loi aussi libérale que celle dont nous nons occupons, qu'une loi qui entoure le prévenu de garanties, ne lui donne aucun moyen de profiter de ces garanties. Droit pour l'inculpé d'être averti qu'il est libre de ne faire aucune déclaration, droit de n'être interrogé qu'en présence du conseil, droit d'avoir communication du dossier et notification des ordonnances, tout celà lui est accordé largement. Et si à un moment donné ce même inculpé, victime d'un manquement à ces prescriptions tutélaires, veut se

prévaloir de ces garanties, il n'aurait aucun moyen de le faire ! Mais alors la loi n'aurait pas de sanction ! Nous comptons pour rien le moyen que certains lui offrent d'aller supplier le procureur de la République et le procureur général de vouloir bien faire opposition pour lui. Et d'ailleurs ce moyen nous paraît impossible, car nous refusons à ces magistrats le droit de former opposition à une ordonnance du juge instructeur pour manquement aux dispositions prescrites à peine de nullité par la loi de 1897, car ces nullités sont d'ordre relatif et ne peuvent être invoquées que par le prévenu. Il faut donc, il est de toute nécessité, si l'on veut que la loi ait une sanction, accorder à l'inculpé le droit de faire opposition aux ordonnances, dire que le paragraphe de l'article 135 Code Instruction Criminelle se trouve modifié.

Nous pensons pouvoir le faire en nous appuyant sur l'art. 13 de la loi de 1897 ainsi conçu : « Sont et demeurent abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à la présente loi. »

D'ailleurs un autre texte vient étayer notre théorie : c'est le deuxième alinéa de l'article 10 ainsi conçu : « Il doit lui être (au conseil) donné connaissance de toute ordonnance du juge par l'intermédiaire du greffier. »

Nous avons déterminé, en étudiant cet article, quelle était à nos yeux la raison d'être de cette communication. Nous avons vu que l'art. 133 du projet de 1879 portait que « communication doit être faite au conseil de toute ordonnance du juge susceptible de recours » afin, disait l'exposé des motifs, « que l'avocat puisse se rendre compte des chances d'une opposition devant la chambre du conseil ». Nous avons vu aussi que la Commission du Sénat, en abolissant la distinction entre les ordonnances susceptibles ou non de recours, avait voulu « que le conseil et non le juge eût à apprécier le degré de juridiction ». Par conséquent, il demeure acquis que la communication au conseil des ordonnances du juge avait pour but de permettre une opposition devant la chambre du conseil,

Actuellement, en l'état de suppression de cette juridiction, l'opposition n'est plus possible que devant la Chambre des mises en accusation.

Ne nous est-il pas permis dès lors de faire au troisième paragraphe de l'art. 135 C. I. C. application de l'art. 13 de la loi de 1897 ainsi conçu : « Sont et demeurent abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à la présente loi ? »

Nous soutenons donc que, depuis la promulgation de la loi de 1897, le prévenu peut faire opposition à toutes les ordonnances du juge devant la Chambre des mises en accusation. V. en sens contraire Cr Douai 20 décembre 97 (*J. d. P.* 98. 2. 8).

Faisant application de cette théorie à l'hypothèse du prévenu découvrant dans l'information un vice susceptible de faire prononcer la nullité, nous dirons que le prévenu, s'il y a intérêt, n'a qu'à faire opposition à une ordonnance du juge d'instruction. Nous ne touchons pas au délai de vingt-quatre heures édicté par l'art. 135. En effet ce délai, comptant de la communication faite de l'ordonnance par le greffier, est suffisant pour permettre au prévenu de former son opposition en toute connaissance de cause.

Le conseil, nous l'avons dit, reçoit communication de la procédure la veille de chaque interrogatoire que doit subir son client. Il connaît donc cette procédure, et s'il y a relevé quelque cas de nullité, il n'a qu'à engager son client à faire opposition à une ordonnance du juge.

Nous avons supposé jusqu'à présent que le prévenu a intérêt à demander la nullité de la procédure. Si c'est le contraire qui se produit, le prévenu n'a qu'à garder le silence. La nullité sera définitivement couverte lorsque les délais d'opposition à l'ordonnance de renvoi, la dernière de toutes, seront écoulés.

Supposons maintenant que le juge d'instruction lui-même découvre le vice de l'information,

On a prétendu que ce magistrat avait le droit de recommencer spontanément la procédure depuis et y compris l'acte nul.

La jurisprudence a adopté des solutions diverses.

Un sieur P. était poursuivi par le procureur de la République de la Seine pour escroquerie. Au cours de l'information, le juge d'instruction s'aperçut que sa procédure était nulle parce que, lors du premier interrogatoire, le 1er mars 1898, il n'avait pas informé l'inculpé, avant toute question, qu'il était libre de ne faire aucune déclaration. Le magistrat crut pouvoir recommencer sa procédure le 1er juillet 1898 en se conformant, cette fois, aux prescriptions de la loi de 1897.

Le sieur P. fut renvoyé devant le tribunal correctionnel de la Seine qui annula la procédure parce que, dans l'interrogatoire final du 30 novembre 1899, le juge d'instruction s'était reporté à l'interrogatoire nul du 1er mars de la même année et avait demandé au prévenu s'il maintenait les déclarations faites par lui dans cet interrogatoire. Quant à la question de savoir si le juge d'instruction avait agi valablement en recommençant lui-même sa procédure, le tribunal évita de se prononcer : « Attendu que, sans doute, le magistrat instructeur a recommencé son œuvre d'information; mais qu'*en admettant même qu'il ait pu procéder ainsi valablement...* »

Le sieur P. interjeta appel de ce jugement en faisant valoir les considérations suivantes : « Attendu que la procédure commencée par M. le juge d'instruction le 25 février 1898 étant radicalement nulle, M. le juge d'instruction ne pouvait, de sa propre autorité, procéder à une nouvelle instruction, même si celle-ci avait été absolument indépendante de la précédente; — qu'il est de principe certain et absolu que toute nullité commise soit en matière civile, soit en matière criminelle, ne peut être spontanément réparée par son auteur sans le consentement exprès et formel de la partie à l'encontre de laquelle

la nullité a été commise, et ce, encore à la condition que la nullité ne soit pas d'ordre public.

« Attendu que M. le juge d'instruction, découvrant le vice de son information, aurait dû communiquer la procédure par lui faite à M. le procureur de la République, afin de permettre à ce magistrat, qui seul pouvait le faire, de saisir la juridiction alors compétente, c'est-à-dire la Chambre des mises en accusation... »

La Cour d'appel de Paris repoussa ce système, et, par son arrêt en date du 13 juin 1899, reconnut au juge d'instruction le droit de recommencer sa procédure à partir de l'acte nul :

« Considérant que P. a soutenu à tort que le juge d'instruction, après avoir constaté la nullité de la procédure, ne pouvait que transmettre celle-ci au procureur de la République, lequel devrait lui-même alors le requérir de se dessaisir et charger de l'affaire un autre juge d'instruction ;

« Considérant que la loi du 8 décembre 1897 n'a nullement organisé une semblable procédure qui, d'ailleurs, serait impraticable dans les tribunaux où il n'existe qu'un seul juge d'instruction ; que, bien au contraire, elle s'est abstenue de prescrire aucun mode spécial de réparation relativement aux nullités par elle édictées ; qu'elle s'est référée implicitement, par celà même, au principe de droit commun, d'après lequel l'omission ou la violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité peut être réparée tant que la procédure n'est pas terminée (C. I. C. art. 215) ; qu'en pareille matière, en effet, il échet, pour toute juridiction qui a omis ou violé quelqu'une des formes légales prescrites à peine de nullité, non de se dessaisir, mais de recommencer la procédure depuis et y compris l'acte nul ; qu'en l'espèce, le juge d'instruction n'a fait qu'appliquer cette règle et l'a fait à bon droit... »

Le sieur P. se pourvut en cassation contre cet arrêt. Le 8 décembre 1899, la Cour suprême lui donna raison :

« Attendu qu'un juge d'instruction n'a pas qualité, soit pour prononcer l'annulation d'actes entachés d'une des nullités prévues par la loi du 8 décembre 1897, soit pour recommencer spontanément un ou plusieurs de ces actes ; qu'en effet, le prévenu peut renoncer à se prévaloir de la nullité commise et qu'il peut même avoir intérêt à invoquer les résultats de l'information... »

« Attendu qu'en pareille circonstance, le juge d'instruction doit, au préalable, mettre le prévenu, assisté de son conseil, ou lui dûment appelé, en demeure de déclarer s'il entend opposer la nullité ; que, si le prévenu y renonce, le juge d'instruction peut alors continuer l'information dont la nullité est ainsi couverte par la déclaration du prévenu et le procès-verbal qui en est dressé... Dans le cas contraire, il doit communiquer sa procédure au procureur de la République, à l'effet de saisir, par voie d'opposition à l'ordonnance de soit-communiqué, la Chambre des mises en accusation à qui il appartient de statuer et d'ordonner la suppression du dossier des actes déclarés nuls et de la procédure qui les a suivis. »

Tout en refusant d'admettre que le procureur de la République ait le pouvoir de mettre en valeur une des nullités de la loi de 1897, néanmoins nous pensons, comme la Cour de Cassation, que le juge d'instruction ne saurait spontanément annuler et refaire une partie de la procécédure. Le magistrat instructeur constitue une juridiction ; seule une juridiction supérieure a le pouvoir d'annuler les actes viciés. Or il existe une juridiction supérieure à celle du juge d'instruction, c'est la Chambre des mises en accusation. C'est elle qui est compétente

Un commentateur, M. Leloir (1), établit une distinc-

---

(1) Op. cit. p. 64.

tion. Selon lui, le juge d'instruction pourrait lui-même réparer le vice de l'information, si ce vice consistait dans la non-notification d'une ordonnance ; il ne le pourrait pas dans le cas où ce vice consisterait dans l'omission d'une formalité prescrite à peine de nullité d'un interrogatoire, par exemple dans l'omission de l'avertissement prescrit par l'article 3 paragraphes 1 et 2 ; c'est que, si des aveux ont été passés, on ne peut, par un avertissement donné après coup, replacer l'inculpé dans son état primitif.

M. Leloir, pour soutenir cette distinction, raisonne par analogie. « C'est ainsi, dit-il, que, lorsqu'il s'agit de la procédure devant la Cour d'assises, la jurisprudence admet que certaines erreurs sont réparables : celle, par exemple, qui résulte du fait d'avoir prononcé, sans interrompre le huis clos, un arrêt incident (Cass. 4 septembre 1890 B. 183). Il y a d'autres erreurs, au contraire, qui ne peuvent êtres réparées, comme le fait d'avoir lu la déposition écrite d'un témoin présent et acquis aux débats avant son audition publique. Nonobstant l'arrêt par lequel la Cour annule cette lecture et prévient le jury qu'elle doit être tenue pour non avenue, elle n'en a pas moins, en effet, pour résultat, d'introduire dans le débat des éléments d'appréciation qui n'y appartenaient pas encore, et il est impossible de mesurer le degré d'influence qu'elle a pu avoir sur le jury (Cass. 19 mars 1896. B. 107). N'en est-il pas de même du juge d'instruction dans le cas qui nous intéresse ? L'analogie entre les deux raisonnements n'est-elle pas frappante ? »

Il nous paraît impossible d'adopter la distinction établie par M. Leloir. Nous estimons qu'il faut, en toute hypothèse, refuser au juge d'instruction le droit d'annuler une partie de sa procédure. La Chambre des mises en accusation nous paraît seule et toujours compétente.

Ainsi donc, comme l'indique l'arrêt de Cassation que nous venons de rapporter, le juge d'instruction qui découvre un vice dans son information doit mettre le prévenu assisté de son conseil, ou lui dûment appelé, en

demeure de déclarer s'il entend invoquer la nullité ou non. Si le prévenu déclare ne pas vouloir l'invoquer, le juge dresse procès-verbal et la nullité est couverte par le consentement de celui qui pourrait avoir intérêt à s'en servir. Dans le cas contraire, le prévenu fera lui-même opposition à la première ordonnance qui lui sera notifiée conformément à l'art. 10.

Nous avons successivement examiné le cas où le prévenu et le juge d'instruction découvrent un cas de nullité. Supposons maintenant que ce soit le procureur de la République qui fasse cette découverte.

M. Jean Olier(1) pense que ce magistrat doit requérir le juge d'instruction de refaire l'acte nul, de réparer l'oubli; mais au cas où la réfection de l'acte ou la réparation de l'omission sera insuffisante (exemple : des aveux passés par l'inculpé en l'état de l'omission de l'avertissement prescrit par le § 1 de l'art. 3), le procureur de la République requerra le juge de se dessaisir et confiera l'instruction à un de ses collègues ou, au besoin, demandera au tribunal de commettre un juge (art. 58 C. I. C.). Si des difficultés s'élèvent entre le magistrat du ministère public et celui de l'instruction, le premier usera de son droit de faire opposition.

Nous repoussons énergiquement ce système. Pour nous, en effet, le juge d'instruction n'a jamais le droit d'annuler sa procédure; ce n'est pas le procureur de la République qui peut lui conférer ce droit. Encore moins peut-il le réquérir de se dessaisir et confier l'instruction à un autre juge,

Nous sommes d'avis que les nullités édictées par l'art. 12 de la loi de 1897 revêtant le caractère de nullités d'ordre relatif, le prévenu seul a le droit de les invoquer. Par conséquent nous estimons que le procureur de la

---

(1) J. d. P. 98. 1. 89.

République et le procureur général n'ont pas le droit de faire opposition aux ordonnances du magistrat instructeur en basant cette opposition sur l'une des dispositions de notre loi prescrites à peine de nullité.

Nous venons de voir qu'à notre avis le juge d'instruction n'a jamais le droit d'annuler et de refaire une partie de sa procédure. En est-il de même lorsque la nullité a été commise par un officier de police judiciaire agissant en vertu d'une commission rogatoire du juge d'instruction ? Celui-ci a-t-il dans ce cas le droit de recommencer lui-même ou par des délégations nouvelles cette procédure ?

Un arrêt de Cassation en date du 28 juillet 1899 (*Journal des Parquets* 1900 n° 6-7. 2. 86) a résolu cette question par l'affirmative. « Attendu que, par une conséquence nécessaire de l'objet de leurs fonctions et par suite d'ailleurs du § 2 de l'art. 60 C. I. C., les juges d'instruction ont le droit de refaire par eux-mêmes ou par des délégations nouvelles les actes des officiers de police judiciaire qui ont agi sans leur concours dans les affaires dont l'instruction leur est ensuite dévolue, lorsque ces actes leur paraissent incomplets ou entachés de vices qui ne permettraient pas de les employer comme éléments d'une procédure régulière ; — qu'aucune disposition de la loi n'interdit aux juges d'instruction de charger les officiers de police judiciaire délégués par eux, qui auraient fait des actes de procédure incomplets ou irréguliers, de refaire eux-mêmes ces actes ;

« Qu'il y a lieu de reconnaître, en conséquence, qu'en décidant que le juge d'instruction d'Epinal avait agi légalement, en prescrivant au juge de paix par lui précédemment délégué, de recommencer l'enquête à laquelle ce magistrat avait procédé, à raison de vices dont elle était entachée, l'arrêt attaqué n'a pas violé les textes indiqués au moyen... »

Il nous paraît impossible d'adopter l'avis de la Cour de Cassation. Nous avons vu précédemment que le juge

d'instruction qui emploie une commission rogatoire est censé agir lui-même : *qui mandat ipse fecisse videtur.* Comment admettre dès lors qu'un magistrat qui ne peut recommencer lui-même sa procédure lorsqu'il y a introduit un cas de nullité, puisse recommencer ou faire recommencer l'information faite sur sa délégation ?

L'arrêt que nous venons de citer vise, pour établir sa démonstration, le § 2 de l'art. 60 C. I. C. Or ce texte est relatif au cas où, *lorsqu'il y a flagrant délit en matière criminelle,* les premiers actes d'instruction ont été faits par le procureur de la République ou ses auxiliaires *en vertu d'un pouvoir qu'ils tiennent de la loi.* On ne peut certainement faire application de ce texte au cas qui nous occupe, où nous voyons, *une instruction étant ouverte à l'occasion d'un crime ou d'un délit,* un officier de police judiciaire accomplir *sur commission rogatoire du juge d'instruction certains actes énumérés limitativement.*

Il est bon d'ailleurs de remarquer que cet arrêt de Cassation du 28 juillet 1899 précède de six mois environ l'arrêt si juridique par lequel la Cour suprême a fait défense aux juges d'instruction de recommencer spontanément leurs informations entachées de nullité. Nous sommes dès lors en droit d'espérer que la Cour de Cassation appliquera dorénavant à la question qui nous occupe la théorie qu'elle a émise dans ce dernier arrêt.

Le tribunal de Lille et la Cour de Douai ont eu aussi à se prononcer sur cette question dans l'espèce suivante : le juge de paix de Steenvoorde, délégué par le juge d'instruction d'Hazebrouck sur commission rogatoire d'un de ses collègues de Lille, avait interrogé un nommé C. sans observer les formalités édictées par la loi du 8 décembre 1897. Le juge d'instruction de Lille, en recevant cet interrogatoire, découvrit la nullité dont il était vicié et aussitôt rendit l'ordonnance suivante : « *Disons qu'il ne sera pas fait état* de l'interrogatoire du dit C. auquel a procédé M. le juge de paix du canton de Steenvoorde... »

Le tribunal de Lille repoussa la demande de C. tendant à l'annulation de l'ordonnance précitée (tribunal de Lille, 7 décembre 1899. France judiciaire 99, 2. 558). Appel fut porté devant la Cour de Douai qui, par son arrêt du 27 décembre 1899 (France judiciaire, 1900. 2. 78) a pensé que ce jugement était seulement préparatoire et que l'appel ne pouvait être interjeté qu'après le jugement définitif. — Lorsqu'il fut appelé à juger le fond, le Tribunal de Lille prononça la nullité de l'interrogatoire et de la procédure qui l'avait suivi (Jugement Lille, 11 jan. 1900. France judiciaire 1900. 2. 77).

La Chambre des Mises en accusation est donc compétente dans tous les cas pour annuler l'acte vicié et ordonner la réfection de la procédure à partir de cet acte.

Lorsqu'elle a prononcé la nullité, deux partis s'offrent à elle : elle peut ou bien renvoyer la procédure devant le juge d'instruction saisi précédemment (c'est en effet le seul qui soit compétent territorialement) ; ou bien évoquer l'affaire et charger un de ses membres de diriger l'instruction à partir du plus ancien acte nul. Nous estimons qu'elle doit adopter le premier parti lorsque la nullité a été ordonnée pour défaut de notification d'une ordonnance ou de mise à la disposition du conseil de la procédure la veille de chaque interrogatoire que doit subir l'inculpé, ou enfin pour absence de l'avocat à un interrogatoire ou à une confrontation. Mais si la nullité a été ordonnée pour défaut de l'avertissement prescrit par le § 1 de l'art. 3, comme les déclarations faites par l'inculpé continueraient à influencer le magistrat instructeur, nous sommes d'avis que la Cour doit, dans ce cas, user de son droit d'évocation et confier l'instruction à un de ses membres.

En cas de suspicion légitime contre un juge d'instruction, la Cour de Cassation seule serait compétente pour renvoyer la procédure à un autre juge d'instruction,

SECTION II

La nullité est découverte après la clôture de l'instruction

L'instruction est clôturée en matière criminelle par l'arrêt de renvoi devant la Cour d'Assises, et en matière correctionnelle par l'ordonnance de renvoi devant le Tribunal correctionnel.

1° *La juridiction de jugement est la Cour d'Assises.*

Lorsque le juge d'instruction estime que le fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes, et que la prévention contre l'inculpé est suffisamment établie, dit l'art. 133 C. I. C., il ordonne que les pièces d'instruction soient transmises sans délai au procureur général, qui saisit la Chambre des mises en accusation. Cette ordonnance doit être communiquée au conseil. Dans notre système nous pensons que le prévenu doit avoir le droit de faire opposition dans les 24 heures qui suivent la signification. Passé ce délai, il est forclos. D'ailleurs les pièces de l'instruction cessent d'être à la disposition de son avocat, la Chambre des mises en accusation statuant en l'absence du prévenu (article 233 C. I. C.).

Si les membres de cette juridiction, en examinant les pièces du procès découvrent un cas de nullité prévu par la loi de 1897, faut-il dire qu'ils ont le droit de prononcer d'office l'annulation de la procédure? On le soutient généralement. Nous sommes cependant d'un avis opposé. Nous estimons en effet que les cas de nullité qui peuvent être découverts, cas prévus par les art. 3 § 2, 9 § 2 et 10 §§ 1 et 2 sanctionnant seulement l'intérêt privé de l'inculpé, c'est à lui seul qu'il appartient de s'en prévaloir.

Dans l'opinion contraire, qui est celle adoptée par la jurisprudence, on admet que la Chambre des mises en accusation a le droit de prononcer d'office l'annulation de la procédure contenant un cas de nullité, de même que l'inculpé a le droit de l'invoquer.

Jusqu'à quel moment, dans cette théorie, la nullité peut-elle être relevée ?

L'art. 299 C. I. C. dispose que le prévenu a cinq jours, à dater de l'interrogatoire du président des Assises, pour former une demande de nullité contre l'arrêt de renvoi, dans quatre cas déterminés. Il est certain que le condamné possède le droit, même après l'arrêt de la Cour d'Assises, d'invoquer les cas de nullité non compris dans l'art. 299, mais il ne peut faire état que de ceux contenus dans l'arrêt même de renvoi. Donc un condamné ne serait pas reçu, l'arrêt de renvoi une fois rendu, à se prévaloir de l'inobservation des prescriptions imposées à peine de nullité par la loi de 1897. En ce sens Cass. 23 avril 1898; Fr. jud^re^ 98. 2. 420 ; 7 janvier 1899, *Journ, des Parquets* 99. 2. 161.

2° *La juridiction de jugement est le Tribunal correctionnel.*

La question qui se pose est celle de savoir si ce tribunal peut prononcer la nullité de l'ordonnance de renvoi qui le saisit.

La jurisprudence a sans hésitation adopté l'affirmative (1).

La fille B. comparaissait devant le tribunal correctionnel de la Seine, le 22 décembre 1897, sous l'inculpation de vol. Avant tout interrogatoire, son défenseur déposa des conclusions tendant a l'annulation de l'ordonnance de renvoi, cet acte ne lui ayant pas été notifié.

« Le Tribunal :

« Attendu que les articles 10 et 12 de la loi du 8 décembre 1897 prescrivent à peine de nullité la signification de l'ordonnance au conseil de l'inculpé ;

« Que cette prescription n'a pas été observée ;

« Par ces motifs :

« Annule l'ordonnance de renvoi (2) ».

Le Tribunal de la Seine paraît ne pas s'être douté qu'une difficulté se présentait en l'espèce. Il a annulé l'ordonnance de renvoi comme la Chambre d'accusation l'aurait fait elle-même.

Ce jugement fut frappé d'appel. La Cour de Paris, par son arrêt du 6 janvier 1898 (3) le confirma :

« Considérant que l'art. 135 C. I. C., aux termes duquel les ordonnances de renvoi en police correctionnelle ne

---

(1) *Paris*, 6 janvier 1898, Journ. des Parq. 98. 2. 1 ; — 7 avril 1898, Journ. des Parq. 98. 2. 83 ; — 9 mai 1898, Journ. des P. 98. 2. 90 ; S. 98. 2. 193 ; — 22 juillet 1898, France Judiciaire 98. 2. 399 ; — 3 janvier 1899, Fr. Jud. 99. 2. 29 ; — 13 juin 1899, Journ. des Parquets 1900. 2. 35 ; — *Orléans* 2 août 1898, Fr. Jud. 98. 2. 489 ; — *Aix* 9 décembre 1898, Fr. Jud. 99. 2. 199 , — *Tribunal de la Seine*, 22 décembre 1897, Journ. des P. 98. 2. 1 ; — 26 janv. 1899, D. 99. 2, 40 ; — 24 avril 1899, Fr. Jud. 1900. 2, 352 ; — Tribunal de Lille, 11 janvier 1900, Fr. Jud. 1900. 2. 77.

Cour de Cassation : 4 février 1898, Journ. des Parq. 98. 2. 34, S. et P. 1900. 1. 57 ; D. 98. 1. 229 ; — 25 juin 1898. S. et P. 1900. 1. 57.

(2) Dalloz 98. 2. 16.

(3) Dalloz 98. 1. 229.

sont susceptibles d'aucun recours de la part du prévenu, n'est pas applicable dans l'espèce; qu'il ne s'agit point, en effet, d'une opposition à l'ordonnance, mais d'une exception d'irrecevabilité, en l'état, de l'action du ministère public, fondée sur l'inobservation d'une formule essentielle du droit de défense, et d'ailleurs prescrite par la loi à peine de nullité.

« Qu'il appartient donc à la juridiction correctionnelle saisie en vertu d'une ordonnance arguée de nullité, de statuer préjudiciellement sur la régularité ou l'irrégularité de cette ordonnance ;

« Que c'est le cas d'appliquer la règle que le juge de l'action est juge de l'exception ;

« Par ces motifs confirme...

La Cour de Cassation, par son arrêt du 4 février 1898 (1) a confirmé cet arrêt purement et simplement.

Dans une espèce postérieure, le Tribunal de la Seine voulut établir une autre jurisprudence. Il s'agissait d'une information dont l'ordonnance de soit-communiqué n'avait pas été portée à la connaissance du conseil. Celui-ci, à l'audience, avant l'ouverture des débats, déposa des conclusions tendant à l'annulation de l'ordonnance et de la procédure ultérieure.

« Attendu, dit le jugement, en date du 18 février 1898 (2), qu'en constatant la nullité de l'ordonnance de soit communiqué pour inobservation des dispositions des art. 10, § 2, et 12 de la loi du 8 décembre 1897, le tribunal correctionnel, n'étant pas juge d'appel du juge d'instruction, n'a pas qualité pour la prononcer;

« Attendu qu'il n'a à faire application de cette nullité qu'au seul acte qui relève de sa juridiction ;

---

(1) Dalloz 98. 1. 230.

(2) Journ. des Parq. 98. 2. 56.

« Par ces motifs

« Déclare nulle la citation...

Cette théorie ne fut pas admise par la Cour d'appel de Paris. Dans son audience du 7 avril 1898(1), elle rendit l'arrêt suivant :

« La Cour :

« Sur la nullité de l'ordonnance de soit-communiqué ;

« Adoptant les motifs des premiers juges ;

« Mais considérant qu'après avoir constaté qu'aux termes des art. 10, § 2, et 12 de la loi des 8-10 décembre 1897, les ordonnances de soit communiqué et de renvoi elles-mêmes étaient frappées de nullité, le tribunal s'est contenté d'annuler la citation, laissant ainsi subsister avec toute sa force légale l'acte qui le saisissait ; que, dans ces conditions, le tribunal restant toujours saisi aux termes de l'art. 182 C. I. C., le cours de la justice se trouverait par le fait interrompu si le jugement sortait à effet ; que d'une part, en effet, toute opposition à l'ordonnance de renvoi étant fermée au procureur de la République et au procureur général par suite de l'expiration des délais, que, d'autre part, le prévenu n'étant pas recevable à présenter devant la Cour de Cassation les moyens de nullité, autres que l'incompétence, qu'il n'aurait pas opposés devant la Cour d'appel, il y a lieu d'infirmer le jugement en tant qu'il a omis de prononcer la nullité de l'ordonnance de renvoi en même temps qu'il prononçait la nullité de la citation ; que les formalités de la loi de 1897 qui sont une garantie substantielle du droit de défense, sont de rigueur et leur omission, constituant de plein droit et par elle-même une nullité radicale, le juge est tenu de la déclarer dès qu'elle est opposée ;

« Par ces motifs :

« Confirme le jugement frappé d'appel en ce qu'il a

---

(1) Gaz. du Pal. 98. 532.

prononcé la nullité de la citation, et, y ajoutant, déclare nulle l'ordonnance de soit-communiqué en date du 4 janvier 1898, ensemble toute la procédure ultérieure. »

Nous formulerons à propos de cet arrêt les observations que nous présentions tout à l'heure à propos du jugement du tribunal de la Seine en date du 22 décembre 1897. Ici pas plus que là les magistrats n'ont paru découvrir la véritable difficulté : ils ne se sont pas posé la question de savoir si le tribunal correctionnel, qui ne constitue nullement pour le juge d'instruction une juridiction d'appel, pouvait annuler une ordonnance. Le dernier arrêt rapporté ne s'inspire que de considérations pratiques.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence est fixée en ce sens que le tribunal correctionnel a le pouvoir d'annuler les ordonnances du juge d'instruction.

C'est là, à nos yeux, une erreur très grave. Le juge d'instruction, nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler, constitue à lui seul une véritable juridiction : il statue sur les demandes et exceptions des parties, il rend des ordonnances qui sont des jugements. Aussi, aux termes des art. 526, 527 et 540 C. I, C,, il doit être réglé de juges lorsqu'un conflit d'attributions s'élève soit entre deux juges d'instruction, soit entre un juge d'instruction et un tribunal correctionnel, maritime ou militaire.

Le juge d'instruction est donc absolument indépendant du tribunal de police correctionnelle. Seule, la Chambre d'accusation de la Cour d'appel constitue pour lui une juridiction supérieure; seule elle est compétente pour annuler un de ses actes. C'est ainsi que la Cour de Cassation a décidé, à plusieurs reprises, que le tribunal correctionnel n'a nullement qualité pour annuler le mandat d'arrêt décerné par le juge d'instruction.

D'ailleurs, si l'on reconnaissait au tribunal correctionnel la qualité de juridiction d'appel du juge d'instruction, on arriverait à cette conséquence que la Cour

d'appel étant elle-même juridiction d'appel du tribunal, le juge d'instruction verrait ses décisions soumises à un appel à deux degrés, ce qui est contraire aux principes de notre législation pénale.

Il est donc hors de doute que le juge d'instruction et le tribunal correctionnel constituent deux juridictions indépendantes l'une de l'autre. On ne peut dès lors soutenir que la dernière de ces juridictions a le pouvoir d'annuler les ordonnances de la première. En ce sens : Seine 18 fév. 98 (*Journ. des P.* 98. 2. 55).

Le principe est certain. Mais il faut nous demander maintenant ce que peut faire le tribunal correctionnel lorsqu'il se trouve en présence d'une procédure contenant un cas de nullité qui vicie toute l'information postérieure, jusques et y compris l'ordonnance de renvoi ?

Les commentateurs qui pensent que les nullités de la loi de 1897 sont absolues ont proposé différentes solutions.

M. Olier (1) invoque « le texte péremptoire de l'art. 12 qui annule l'acte illégal, en sorte que la juridiction de jugement n'a pas à annuler l'ordonnance, elle n'a qu'à constater la nullité édictée par la loi. Cette constatation une fois faite, le procureur de la République pourrait, dans ce système, tenant compte en fait de la procédure nulle en droit, utiliser les résultats qu'elle aurait fournis et citer directement le prévenu à la plus prochaine audience; le tribunal pourrait encore rester saisi, si celui-ci comparaissait volontairement. »

M. Le Poittevin a combattu cette opinion (2), à notre avis avec succès. Il remarque d'abord « que, dans notre droit, une décision de justice n'est pas nulle de plein droit, quel que soit le vice dont elle est entachée : il faut

---

(1) Journ. des Parq. 98. 1. 92.
(2) Journ. des Parq. 98. 1. 117.

que cette nullité soit constatée et déclarée par une décision de justice ». D'un autre côté, l'ordonnance de renvoi, n'ayant pas été frappée d'opposition dans les délais, a acquis force de chose jugée; or l'ordonnance de renvoi a pour objet de saisir le tribunal; cette juridiction ne peut donc pas déclarer qu'elle a été irrégulièrement saisie.

L'honorable commentateur ajoute que l'instruction n'est pas nulle dans son entier : en supposant même que la nullité viciât le procès-verbal de première comparution, les actes antérieurs resteront valables, par exemple le réquisitoire introductif, les procès-verbaux de constat ou d'audition de témoins. Cet embryon d'instruction ne serait donc jamais clôturé par une ordonnance définitive. Dans le cas même où un mandat d'amener ou d'arrêt aurait été décerné contre le prévenu, celui-ci continuerait à être maintenu en état de détention!

Enfin il est de principe que, de même que le ministère public ne peut, après avoir saisi le tribunal par une citation directe, requérir une information sur les mêmes faits, le procureur de la République et la partie civile ne peuvent saisir le tribunal par une action directe lorsque le juge d'instruction a déjà été saisi.

Cette théorie doit donc être repoussée.

Quant à nous, nous pensons que les nullités crées par la loi nouvelle étant d'intérêt privé et susceptibles d'être couvertes par le silence du prévenu observé pendant le délai imparti pour faire opposition à l'ordonnance de renvoi, le tribunal correctionnel découvrant un cas de nullité dans la procédure n'a pas le droit de s'en occuper. A son point de vue particulier, l'information doit être considérée comme inattaquable.

Nous avons vu que la jurisprudence reconnaît aux juridictions de jugement, tribunaux correctionnels et cours d'appel, le droit d'annuler l'ordonnance de renvoi. Tirant les conséquences de son principe, elle reconnaît aux Cours d'appel le droit d'évoquer le fond.

Un arrêt de la Cour de Rennes du 19 janvier 1898 (1) porte :

« Considérant... que la loi du 8 décembre 1897 n'a pas eu pour effet de modifier les règles de compétence édictées par le code d'instruction criminelle, et spécialement celles tracées par l'art. 215 qui impose à la Cour d'appel l'obligation d'évoquer et de statuer sur le fond lorsqu'elle annule un jugement correctionnel pour violation ou omission des formes prescrites par la loi à peine de nullité ;

« Par ces motifs :

« Annule l'ordonnance de mise en prévention, les actes qui ont suivi, y compris le jugement de condamnation ;

« Evoquant et statuant à nouveau, dit...

Cette théorie a été nettement précisée par l'arrêt de Cassation rendu le 11 février 1898 (2) ;

« ... Sur le moyen relevé d'office et tiré de la violation, pour fausse application, de l'art. 215 C. I. C. en ce que la Cour d'appel aurait à tort statué par voie d'évocation ;

« Attendu que l'arrêt attaqué (arrêt de la Cour de Rennes en date du 12 janvier 1898), se conformant aux prescriptions de l'art. 12 de la loi du 8 décembre 1897..., a prononcé l'annulation de l'ordonnance de mise en prévention, des actes qui en avaient été la suite et du jugement de condamnation par le motif etc... — Que l'arrêt a ensuite statué sur le fond par voie d'évocation ;

« Attendu qu'en procédant ainsi, l'arrêt attaqué a fait une exacte application de l'art. 216 C. I. C. et des règles de la matière ; qu'en effet, d'après les termes impératifs du dit article 215, lorsque les Cours d'appel annulent un jugement correctionnel pour violation ou omission des

---

(1) Dalloz 98. 2. 250.

(2) Dalloz 98. 1. 152.

formalités prescrites par la loi à peine de nullité, elles doivent, dans tous les cas sauf celui d'incompétence, évoquer et statuer sur le fond, sans qu'il y ait à distinguer si les irrégularités constatées se réfèrent au jugement, à l'instruction ou aux actes mêmes en vertu desquels le tribunal a été saisi ;

« Attendu qu'il n'existe dans la loi du 8 décembre 1897 aucune disposition d'où l'on puisse induire que le législateur a entendu déroger aux prescriptions de l'art. 215 : que, sans doute, cette loi, en édictant de nombreuses nullités de procédure, a eu pour but de protéger les inculpés dans leur défense, de leur assurer pendant toute la durée de l'instruction l'assistance d'un conseil, de faciliter l'exercice de leur droit d'opposition aux ordonnances du magistrat instructeur, et d'interdire aux juges de baser leurs sentences sur des actes d'instruction qu'elle leur prescrit d'annuler, comme n'ayant pas été accomplis avec toutes les formalités tutélaires qu'elle impose ; mais qu'on ne saurait en conclure qu'elle a voulu supprimer la mesure de l'évocation qui, pour un nombre considérable de delits sans gravité, le plus souvent avoués et passibles de peines de courte durée, tels que le vagabondage, la mendicité, les infractions aux arrêtés d'interdiction de séjour ou d'expulsion, les outrages aux agents ou similaires, présente de sérieux avantages, simplifie les procédures et permet d'éviter les renvois inutiles et contraires aux intérêts des prévenus eux-mêmes dont ils prolongent sans nécessité la détention préventive ;

« Qu'il importe enfin d'ajouter que si l'art. 215 impose aux Cours d'appel l'obligation d'évoquer, lorsqu'elles annulent un jugement à raison de vices inhérents soit à ce jugement lui-même, soit à des actes d'instruction qui l'ont précédé, ces Cours conservent toujours le droit, lorsqu'elles le jugent nécessaire, d'ordonner avant de statuer au fond, soit d'office, soit sur les conclusions des prévenus ou de leurs conseils, tous les suppléments d'information utiles à la manifestation de la vérité ; que les

droits de la défense se trouvent ainsi amplement sauvegardés... »

En partant de ce principe que la juridiction de jugement peut annuler l'ordonnance de renvoi, il est logique, selon nous, d'arriver à la conséquence qu'ont tirée les arrêts que nous venons de citer. Il est certain que l'art. 215 C. I. C. est impératif et que la loi de 1897 n'a aucunement entendu y déroger. Mais l'exposé des inconvénients qu'entraîne une telle méthode constituera, croyons-nous, un argument de plus à opposer au principe.

Ces inconvénients ont été très bien mis en lumière par un arrêt de la Cour de Paris en date du 7 avril 1898 (1).

« ... Considérant que si les nullités de la loi de 1897 ne sont pas d'ordre public en ce sens que le prévenu, qui a toujours le droit d'accepter le débat, peut ne pas se prévaloir des irrégularités qui seraient de nature à vicier sa citation devant le tribunal, il faut bien reconnaître que le législateur, ayant voulu entourer le prévenu de toutes les sécurités que peut offrir une instruction criminelle faite selon les règles qu'il a cru devoir tracer pour garantir la défense contre toute surprise, verrait sa volonté méconnue si la juridiction de jugement, après avoir annulé la procédure, évoquait la cause, soit qu'elle statuât sur le fond en l'état, soit qu'elle instruisit à nouveau sous forme d'information supplémentaire, imposant ainsi au prévenu une procédure affranchie des prescriptions tutélaires édictées par la loi de 1897 et le privant de l'examen d'une juridiction préliminaire dont le bénéfice est définitivement acquis lorsque un juge d'instruction a été saisi, et de l'éventualité d'une ordonnance de non-lieu... »

Ces inconvénients sont certains. La jurisprudence arrive ainsi à méconnaître le vœu du législateur qui a

---

(1) Gaz. du pal, 98, 531.

voulu faire une loi très-libérale, entourant le prévenu de toutes sortes de garanties. Mais, nous le répétons, c'est là la conséquence d'un point de départ qui nous paraît faux.

Quel est donc notre sentiment? Nous posons en principe que le juge d'instruction formant une juridiction absolument indépendante de celle du tribunal correctionnel, cette dernière, pas plus que la Cour d'appel, n'a le droit d'annuler ses ordonnances. Seule la Chambre d'accusation a ce pouvoir.

Tel est notre point de départ.

Il importe maintenant de rappeler que, selon nous, la loi de 1897 a dérogé, par son article 13, au paragraphe 3 de l'article 135 C. I. C., de telle sorte que le prévenu a *dans tous les cas* le droit de faire opposition aux ordonnances du juge d'instruction : il est logique de prétendre en effet que la loi nouvelle, entourant le prévenu de garanties nombreuses, a dû vouloir le mettre à même de s'en prévaloir.

Rappelons aussi que nous avons distingué entre les cinq nullités au point de vue de leurs caractères : nous avons dit que, tandis que la première est absolue, les quatre autres sont relatives ; le prévenu peut s'en prévaloir comme il peut y renoncer ; il y renonce soit par son consentement exprès, soit par le silence qu'il observe pendant le délai où il peut faire opposition : ce délai est de 24 heures.

Ceci posé, plaçons nous à la clôture de l'information. L'ordonnance de renvoi a été, conformément au § 2 de l'art. 10, notifiée au prévenu. Celui-ci a une vue d'ensemble sur toute l'information ; il lui est facile de savoir si elle contient un des quatre cas de nullité. En effet, il a eu depuis longtemps connaissance du procès-verbal de première comparution ; il sait parfaitement si à la veille de chaque interrogatoire qu'il a subi, la procédure a été mise à sa disposition, si les ordonnances lui ont été no-

tifiées, s'il a toujours été interrogé ou confronté en présence de son conseil.

Dès lors, de deux choses l'une : ou le prévenu découvre des cas de nullité, ou il n'en découvre pas. S'il en découvre, il doit se demander s'il a intérêt à les faire valoir. Au cas où il ne craint pas de prolonger sa détention préventive, il fait opposition à l'ordonnance de renvoi dans les 24 heures qui suivent le moment où elle lui a été notifiée. Ce délai, remarquons-le, est certainement suffisant pour permettre au prévenu de consulter son avocat et de prendre une détermination. La Chambre d'accusation, saisie par cette opposition, examine le cas qui lui est soumis et annule ou non l'ordonnance. — Si au contraire, le prévenu juge qu'il n'a pas intérêt à se prévaloir de la nullité, il n'a qu'à garder le silence ; le délai de 24 heures expiré, l'ordonnance de renvoi devient définitive : elle a acquis force de chose jugée.

La situation sera identique si le prévenu ne découvre aucun cas de nullité.

Mais, nous dira-t-on, pour que le prévenu fasse opposition à l'ordonnance de renvoi, il est nécessaire qu'il en connaisse l'existence. Qu'arrivera-t il donc au cas où le magistrat instructeur, contrevenant au § 2 de l'art. 10, aura négligé de porter l'ordonnance de renvoi à la connaissance du prévenu?

Nous ferons remarquer que, grâce à la disposition de l'art. 132, C. I. C., le prévenu saura néanmoins qu'une ordonnance de renvoi est intervenue. « Dans les cas de renvoi à la police correctionnelle, dit le deuxième paragraphe de cet article, il (le procureur de la République) est tenu, dans le même délai (quarante-huit heures) de faire donner assignation au prévenu pour l'une des plus prochaines audiences... » Ainsi donc le prévenu, informé par l'assignation de son renvoi, pourra faire opposition à l'ordonnance que le juge aura négligé de lui notifier. Il sera toujours dans les délais, puisqu'il a vingt-quatre heures, à dater de la signification de l'ordonnance, pour faire opposition.

Nous avons envisagé jusqu'à présent l'hypothèse de la violation d'une des quatre dernières dispositions prescrites à peine de nullité par l'art. 12: ce sont d'ailleurs les seules qui puissent être violées au cours de l'instruction. Mais il va sans dire que, dans le cas de l'art. 1er, c'est à-dire si le juge d'instruction a participé au jugement correctionnel, le prévenu aura le droit de se prévaloir de ce cas de nullité devant la Cour d'Appel.

Pour nous résumer, nous dirons qu'à notre avis il n'existe pas dans la loi de 1897 d'autres cas de nullité que ceux qu'énumère l'art. 13. L'un, le premier, revêt un caractère de nullité absolue, à la différence des autres qui peuvent se couvrir par le consentement ou le silence de l'inculpé et qui ne sauraient être invoqués que par lui.

Si donc l'inculpé découvre un cas de nullité dans l'information, deux partis s'offrent à lui : en profiter ou ne pas en profiter. Dans le premier cas, il n'a qu'à faire opposition à une des ordonnances qui lui sont notifiées par le magistrat instructeur. Dans le second cas, il peut renoncer expressément, sur l'interpellation qui lui est faite par le juge, à se prévaloir jamais de la nullité, — ou bien laisser s'écouler purement et simplement le délai de vingt-quatre heures qui suit la notification qui lui est faite de l'ordonnance de renvoi. Cet acte, devenant alors définitif, n'est plus susceptible d'une voie de recours.

Nous croyons ainsi être en communion d'idées avec le législateur, qui, dans l'intérêt du prévenu seul a créé des nullités nouvelles et qui a bien entendu mettre à sa disposition les moyens nécessaires pour s'en prévaloir.

CONCLUSION

Coup d'œil d'ensemble sur la loi du 8 décembre 1897

Nous venons d'étudier, dans leur origine et leur fonctionnement, les nullités édictées par la loi du 8 décembre 1897.

Cette loi a sa véritable origine dans les travaux d'une Commission constituée le 23 octobre 1878 par M. Dufaure, alors Garde des Sceaux, « pour l'examen de trois projets de loi modifiant divers articles du Code d'instruction criminelle et du Code pénal ». Ces travaux donnèrent naissance, un an plus tard, à un projet de loi de 214 articles, organisant une refonte complète de notre législation. Ce projet, déposé sur la tribune du Sénat, reçut des modifications nombreuses : il fut néanmoins adopté en 1882. La même année, la Chambre des Députés était saisie à son tour, mais la législature se termina sans que l'Assemblée eût procédé à un vote définitif. A chaque législature nouvelle, le Gouvernement déposa le même projet de loi : chaque fois une commission fut nommée, un rapport déposé, sans qu'on pût arriver à l'adoption. En 1895. M. Constans saisit enfin le Sénat d'un projet de

loi en six articles qui, après avoir subi de nombreuses modifications, aboutit deux ans plus tard à la loi actuelle.

Cette loi, qui consacre une réforme depuis longtemps attendue, a été, à notre avis, insuffisamment préparée. Trop brièvement étudiée au Sénat, elle n'a fait, on peut le dire, à la Chambre des Députés, l'objet d'aucune discussion. C'est dans ces conditions qu'elle est devenue exécutoire : il était à prévoir dès lors que des difficultés sans nombre s'éléveraient dans l'application.

Elle n'est en effet rien moins que parfaite et si personne ne songe à nier qu'elle contient certaines dispositions heureuses, tout le monde s'accorde à dire que ses défauts sont nombreux.

Considérée dans son ensemble, elle a causé, dans la pratique de notre instruction criminelle, une véritable révolution. Le Code de 1810, conçu et élaboré dans un esprit autoritaire, entourait l'instruction du secret le plus complet : il n'était permis à personne de soulever le voile, la liberté de la presse, la liberté de la parole étant à cette époque de pures conceptions du domaine théorique; aujourd'hui ce sont autant de réalités. Qu'en résultait-il ? Ce secret de l'instruction, si bien gardé à l'époque impériale, faisait de nos jours l'objet de divulgations sans nombre ; le rôle du magistrat instructeur l'objet de vives critiques.

Le plus souvent ces critiques étaient exagérées et même sans fondement. Les magistrats faisaient en effet tous leurs efforts pour être à la hauteur de leur tâche. Cette tâche défiait presque les forces humaines : il s'agissait, en effet, de rechercher, avec un zèle et une énergie égaux, des preuves à charge et à décharge. Le juge pouvait, devait même fatalement et malgré lui, devenir partial : dès qu'il possédait une conviction, il était tenté irrésistiblement de diriger dans ce sens toutes les recherches. D'ailleurs, s'il n'en avait pas été ainsi, certaines instructions n'auraient été clôturées qu'à grand

peine, les preuves contre l'inculpé et celles en sa faveur se superposant les unes aux autres. Ainsi a-t-on pu comparer le juge d'instruction à une moderne Pénélope, défaisant le lendemain l'ouvrage de la veille.

Une réforme était donc nécessaire, mais en quoi devait-elle consister ? Les législations en vigueur dans les différentes nations d'Europe pouvaient fournir à cet égard des renseignements précieux.

En Angleterre, l'instruction est publique et contradictoire. Aucun magistrat n'est chargé de la poursuite des infractions : c'est la victime elle même ou l'association à laquelle elle appartient qui dénonce le délit et en recueille les preuves. Un débat contradictoire et public s'ouvre devant le magistrat qui ne procède à aucun interrogatoire.

Ce système nous paraît en lui-même excellent, mais il n'aurait aucune chance de donner chez nous de bons résultats : en effet l'absence d'un ministère public assurerait en France l'impunité à la plupart des délinquants. En Angleterre il n'en est pas ainsi. Celà tient surtout, croyons-nous, au développement considérable de la liberté d'association : lorsqu'un de ses membres a été lésé, la collectivité exerce elle-même le droit de poursuite avec un soin jaloux.

Le Code de Genève organise le système de l'instruction contradictoire non publique. Le juge d'instruction est ici réellement un juge : dans son cabinet, un débat s'ouvre entre l'inculpé, le ministère public et la partie civile. L'interrogatoire existe, l'avocat a le droit d'y assister.

Dans les autres pays d'Europe, exception faite pour l'Ecosse, les principes de notre Code de 1810 sont encore en vigueur. L'instruction est secrète et non contradictoire ; l'interrogatoire est l'arme du magistrat instructeur, l'aveu, le but vers lequel doivent tendre tous ses efforts. Mais, tandis que la France conservait sans y rien changer les lois qu'elle s'était données, les autres

nations, qui avaient copié leurs législations criminelles sur la nôtre, se rendaient compte des défauts du système et s'employaient à y remédier. C'est ainsi que l'Autriche dès 1873, l'Espagne, la Belgique et l'Allemagne dans les années qui suivirent, accordèrent à l'inculpé l'assistance d'un conseil pendant l'instruction. C'est ainsi encore qu'en Belgique, l'avocat peut communiquer librement avec le prévenu, et que la Chambre du Conseil, placée au-dessus du juge d'instruction, examine chaque mois s'il y a lieu de maintenir la détention préventive. En Autriche, cette détention ne saurait, dans aucun cas, se prolonger au-delà de deux mois.

En Ecosse, un système mixte fonctionne : l'instruction est publique mais non contradictoire. La publicité n'est d'ailleurs que restreinte. Elle ne ressemble en rien à la grande publicité de l'audience qui caractérise le système anglais : elle consiste simplement en la présence aux interrogatoires de deux témoins dont le rôle se borne à garantir la spontanéité d'un aveu éventuel. L'interrogatoire n'a qu'un but : permettre à l'inculpé d'établir son innocence. Aussi celui-ci est-il prévenu qu'il a le droit de ne répondre à aucune des questions qui lui sont posées, et, en fait, use-t-il le plus souvent de cette faculté. C'est devant le tribunal que, d'ordinaire, il fait valoir pour la première fois ses moyens de défense.

Nos législateurs avaient le choix entre ces différents systèmes. Ils ont laissé de côté le système anglais qu'il aurait été puéril de vouloir acclimater en France. Ils ont repoussé énergiquement, lors de la discussion de la loi au Sénat, le système de la contradiction entre le ministère public et le prévenu en présence du juge. En définitive, notre procédure d'instruction pénale est restée au fond inquisitoriale et secrète, mais des progrès notables ont été accomplis : assistance du prévenu aux interrogatoires et aux confrontations par l'avocat, communication faite à ce dernier de la procédure à la veille de chacun des interrogatoires, libre communication du conseil avec le prévenu dès le début de l'instruction, limitation

de la durée de l'interdiction de communiquer. Quant à l'interrogatoire lui-même, il nous paraît revêtir actuellement un double caractère : comme dans la législation écossaise, il constitue lors de la première comparution un moyen pour le prévenu d'établir son innocence ; mais ensuite il devient pour le juge un moyen de faire triompher la vérité.

Que faut-il penser de ce système ?

Au mois de septembre 1899, au congrès de Budapest, notre nouvelle législation a fait l'objet d'une discussion internationale. Disons tout de suite qu'elle a été mal accueillie : cinq congressistes à peine sur une vingtaine s'en sont déclarés partisans.

Tout le monde a convenu d'abord de la nécessité de réformer notre mode d'instruction criminelle. Puis la question s'est posée de savoir ce que devait être cette réforme. Le système accusatoire anglais écarté d'un commun accord comme inséparable de l'esprit public de nos voisins, on a admis qu'il convenait de rester fidèle au vieux système inquisitorial. Mais à partir de ce moment, l'entente a cessé de regner dans l'assemblée.

Deux théories ont été développées qui toutes deux ont été jugées bien supérieures à notre loi nouvelle.

La première se caractérisait par une double proposition : dépouiller le juge d'instruction du soin de la recherche des preuves, en charger le ministère public et la police ; organiser devant le magistrat instructeur un débat contradictoire sur l'opportunité d'une poursuite.

Il y aurait beaucoup à dire au sujet de ces deux propositions. On peut opposer à la première que le ministère public et la police ne présentant pas les mêmes garanties d'indépendance que le juge d'instruction, magistrat inamovible du moins en tant que juge, il y aurait danger à leur confier la recherche des preuves. Un congressiste, M. Comte, a prévu cette objection et a invoqué, pour la détruire, un argument d'analogie tiré de la loi du

20 mai 1863 sur les flagrants délits, texte qui confère au ministère public les attributions du juge d'instruction. Mais en réalité l'analogie n'existe pas : dans un cas de flagrant délit, il ne saurait être en effet question de rechercher les preuves d'une culpabilité qui ne fait aucun doute.

Quant au débat contradictoire engagé devant le juge d'instruction à la fin de l'information, il ne produirait pas en pratique les effets qu'on lui a attribués dans cette discussion. Nous reconnaissons volontiers que le juge d'instruction, dans cette hypothèse, sera véritablement impartial. Mais s'ensuit-il que ce magistrat sera à même de prendre une décision en pleine connaissance de cause? Le ministère public, qui aura confectionné lui-même le dossier, aura déployé toute son habileté pour en couvrir les vides et en masquer les imperfections. De son côté le prévenu, fût-il assisté d'un conseil, ne s'attachera pas à mettre en lumière ces défauts : pressé par le temps, il voudra faire ressortir son innocence de l'examen d'un dossier qui ne sera en fait qu'un réquisitoire dirigé contre lui.

Le second système proposé au congrès de Budapest préconise l'instruction contradictoire, et, pour rendre la contradiction effective, organise devant le juge d'instruction un débat entre le ministère public, représentant-né de la société et un autre fonctionnaire public chargé de la défense des intérêts de l'inculpé : ce dernier présenterait, dit-on, sur le défenseur privé, l'avantage d'être discret et celui de ne pas se livrer à des discussions inutiles. Or nous savons par l'expérience que nous avons faite de la loi du 8 décembre 1897 que les avocats ne méritent pas ces reproches. Nous n'hésiterions pas, quant à nous, à les préférer aux fonctionnaires publics conseils de l'inculpé, qui présenteraient à nos yeux le désavantage de ne pas être choisis par l'inculpé lui-même. Nous estimons que lorsqu'un homme joue sa tête dans un débat de ce genre, il est strictement juste de lui donner le droit de confier sa défense à une personne de

son choix. Et n'est-il pas à craindre en outre, ainsi que l'a fait remarquer un congressiste, « que ce défenseur public ne devienne étranger à son client, qu'il ne soit qu'un bon employé, partenaire accrédité du ministère public, faible et impuissant appui de l'inculpé » ?

Les deux systèmes que nous venons d'exposer ont eu la faveur des congressistes réunis à Budapest. Nous ne partageons pas, quant à nous, leur enthousiasme, que l'examen rapide auquel nous nous sommes livré ne justifie nullement. Notre loi nouvelle ne nous paraît pas non plus, comme à ces mêmes congressistes, franchement mauvaise. Nous lui reconnaissons des avantages, nous lui reprochons certains défauts.

Et tout d'abord nous regrettons qu'elle ait organisé un système bâtard. Au fond, la procédure est restée inquisitoriale, puisque l'instruction demeure secrète et non contradictoire : secrète, puisque tout se passe dans le cabinet du juge, en l'absence de témoins ; non contradictoire, car on ne peut considérer la présence de l'avocat que comme un moyen de contrôle et non comme un moyen d'organiser réellement la contradiction. Et cependant elle se différencie profondément de la procédure qu'elle a remplacée. L'interrogatoire a changé de caractère : il n'est plus exclusivement l'arme du juge, il est tout d'abord l'arme du prévenu. A ce point de vue, nos législateurs se sont visiblement inspirés de la législation écossaise.

Nous regrettons, quant à nous, qu'ils n'aient pas pris pour modèle le système genevois qui organise la contradiction la plus large et nous paraît sauvegarder dans une exacte mesure les intérêts de l'inculpé et ceux de la société. Nous avons vu dans le cours de cette étude que, lors de la discussion de la loi au Sénat, plusieurs orateurs s'étaient élevés avec force contre le principe de la présence du ministère public dans le cabinet d'instruction.

Telle qu'elle est, nous jugeons la loi nouvelle insuffisamment préparée et trop hâtivement discutée et votée :

l'urgence n'a-t-elle pas été déclarée par la Chambre des Députés ! Aussi, dans le domaine pratique, des doutes, des contradictions, des impossibilités mêmes ont rendu fort lourdes la tâche du commentateur et celle du juge. La jurisprudence notamment a pensé se trouver dans l'obligation de fouler aux pieds certains principes de notre procédure pénale jusqu'ici universellement reconnus et respectés : c'est ainsi qu'elle a fait du tribunal correctionnel une juridiction d'appel du juge d'instruction !

Et ce ne sont pas là les seuls reproches qu'on est en droit d'adresser à cette loi. Elle a voulu organiser la protection de l'inculpé : cette protection est le plus souvent illusoire. La pratique, en effet, révèle que dans la grande majorité des cas, le conseil n'assiste pas aux interrogatoires et aux confrontations de son client. Est-ce la faute des avocats ? Assurément non, leur zèle est à la hauteur de leur tâche, mais cette tâche est trop lourde. Que devient dès lors la protection de l'inculpé, sinon une illusion, un leurre ?

D'autre part, nous avons déjà eu l'occasion de dire que la loi nouvelle ne s'applique pas à la procédure des flagrants délits. Or dans la pratique actuelle, les affaires de flagrants délits sont infiniment plus nombreuses que les affaires d'instruction. Pour ces dernières mêmes, dans la plupart d'entre elles, avant d'être présenté au juge instructeur, le prévenu a subi déjà un ou plusieurs interrogatoires très complets, en l'absence de tout avocat. Lors de la première comparution, l'inculpé apprend qu'il peut ne pas répondre. Que lui importe ce droit s'il a déjà fait des aveux ou des déclarations imprudentes consignés sur des procès-verbaux réguliers ?

Les dispositions de la loi nouvelle sont donc, dans la plupart des cas, inutiles au prévenu. Trop souvent elles lui sont nuisibles. En effet, les délais impartis au magistrat instructeur pour convoquer l'avocat aux interrogatoires et aux confrontations, pour lui signifier les ordonnances rendues etc., augmentant la durée de l'instruction

et partant celle de la détention préventive. A ce point de vue, nos législateurs ont fait faire à notre procédure pénale un pas en arrière, tandis que d'autres nations européennes continuaient à progresser : c'est ainsi qu'en Autriche, la détention préventive a été rigoureusement limitée dans sa durée.

Tels sont les principaux reproches que l'on peut adresser à la loi du 8 décembre 1897. Mais à côté des défauts que nous venons de signaler, elle contient des innovations qui nous paraissent excellentes. Parmi celles-ci nous citerons la communication obligatoire de la procédure à l'avocat et le droit pour celui-ci de communiquer librement avec son client dès le début de l'instruction. Quant à l'avertissement donné à l'inculpé, lors de la première comparution, qu'il a le droit de ne pas répondre, c'est une disposition à laquelle nous souscririons volontiers, à la condition qu'elle pût avoir un effet utile.

Le droit de l'avocat d'assister aux interrogatoires et aux confrontations, principale disposition de la loi nouvelle, consacre une réforme dont l'utilité, croyons-nous, ne se faisait pas réellement sentir. Le juge d'instruction a du moins gagné en considération ce qu'il a perdu en puissance. Et par une conséquence assurément imprévue de la pratique nouvelle, il nous est donné de voir le magistrat et l'avocat s'estimer davantage en se connaissant mieux.

Vu : *Le Président de la thèse,*
Signé : CH. CÉSAR-BRU.

Vu : *Le Doyen,*
Signé : BRY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
Signé : BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 5

PREMIÈRE PARTIE

Examen des dispositions prescrites par la loi à peine de nullité

Chapitre I^er^. Interdiction faite au juge d'instruction de concourir au jugement des affaires qu'il a instruites 7

Chapitre II. Obligation pour le magistrat instructeur lors de la première comparution, d'avertir l'inculpé qu'il est libre de ne faire aucune déclaration 14

Chapitre III. Défense faite au juge d'interroger ou de confronter l'inculpé hors de la présence de son avocat 35

Chapitre IV. Obligation pour le juge de mettre la procédure à la disposition du conseil la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir 57

Chapitre V. Obligation pour le juge de donner immédiatement connaissance de toute ordonnance au conseil du prévenu 71

DEUXIÈME PARTIE

Examen des nullités organisées par la loi

Chapitre I^er^. Existe-t-il d'autres nullités que celles énumérées par l'article 12 ? 79
Chapitre II. Caractère des nullités 87
Chapitre III. Effets des nullités 91
Chapitre IV. Mise en œuvre des nullités 97
Section I^re^ — La nullité est découverte dans le cours de l'instruction ..... id.
Section II — La nullité est découverte après la clôture de l'instruction 113

—

CONCLUSION

Coup d'œil d'ensemble sur la loi du 8 décembre 1897 127